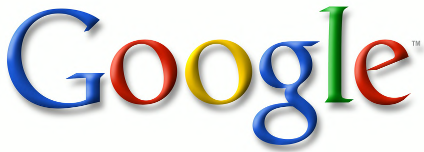






# Grundriss

zu

# Vorlesungen über Rechtsphilosophie

## (Naturrecht).

Von

**Dr. Heinrich Zoepfl,**

weil. Grossh. Badischem Geheimerathe und ordentl. Professor an der Universität Heidelberg.

Zweite Ausgabe.

**BERLIN 1879.**

Verlag von Theodor Hofmann.

# Grundriss

zu

# Vorlesungen über Rechtsphilosophie

## (Naturrecht).

Von

**Dr. Heinrich Zoepfl,**

weil. Grossh. Badischem Geheimerathe und ordentl. Professor an der Universität Heidelberg.

Zweite Ausgabe.

BERLIN.

Verlag von Theodor Hofmann.

1879.

# Inhalt.

## III. Hauptstück.

# Das materielle Recht.

### I. Abschnitt.

### Das Privatrecht.



### I. Abtheilung.

### Das Sachenrecht.

(Lehre vom Besitz und Eigenthum.)

## II. Abtheilung.

## Das Recht der Forderungen.

(Obligationen-Recht.)



### I. Unterabtheilung.

### Das Vertragsrecht.

II. Unterabtheilung.

## Das Unrecht.

III. Unterabtheilung.

Von den Forderungsrechten und persönlichen Befugnissen, welche ohne Vertrag und Delict entstehen.



## II. Abschnitt.

## Das Recht der genossenschaftlichen Zustände.

# Einleitung.

## §. 1.

### Begriff und Bezeichnungen der Rechtsphilosophie.

Unter Rechtsphilosophie versteht man die Lehre von dem Wesen des Rechtes oder die Wissenschaft von dem im Wesen des Menschen gegründeten (mit ihm gesetzten) Rechte und der logischen Entwicklung des Rechtsbegriffes.

Ihre Aufgabe besteht darin, die Idee und den Begriff des Rechtes, bez. die Genesis des Rechtsbegriffes und dessen logische Entwicklung zum Bewusstsein zu bringen. [1])

Vom Standpunkte der Idealphilosophie (des Rationalismus) aus wird diese Aufgabe zu lösen gesucht *a priori* synthetisch, durch reines Denken, durch sogenannte Speculation; dagegen vom Standpunkte des Materialismus aus *a posteriori*, an der Hand der Erfahrung, analytisch. [2])

---

[1]) Soweit stimmen Idealismus oder Rationalismus und Materialismus überein.

[2]) Idealismus und Materialismus wollen das Recht aus der Totalität des Wesens des Menschen (der Menschheit) ableiten; aber ersterer sieht das Wesen des Menschen (seine Unterscheidung vom Thier) in seiner Vernünftigkeit; letzterer betrachtet es als ein Ergebniss aller seiner physiologischen Eigenschaften und Bedürfnisse, Triebe und Existenzverhältnisse, die selbst wieder bedingt sind von allen dergleichen früheren Verhältnissen, sowie sie die dermal den Menschen umgebenden wieder weiter fortbilden. — Hans Gross, Entwurf einer Rechtsentwicklung, Graz 1873, p. 17. — Moritz Benedikt (Zwei Vorträge zur Psycho-Physik der Moral und des Rechts, Wien 1875,) fasst dies zusammen als Wirkung des Lust- und Unlusttriebes.

Da die Rechtsphilosophie vom Standpunkte des Idealismus (Rationalismus) aus ihren Inhalt unmittelbar aus dem geistigen (vernünftigen) Wesen des Menschen schöpft und die Vernünftigkeit der Einsicht in dieses Wesen im Gattungsbewusstsein — d. h. in der Anerkennuug der Zugehörigkeit zur Gattung vernunftbegabter, bez. sittlich freier Wesen — besteht, so wird hiernach (nach dieser ihrer Quelle) die Rechtsphilosophie auch als Wissenschaft des Vernunftrechtes bezeichnet.

Vom Standpunkte des Idealismus (Rationalismus) aus erscheint die Rechtsphilosophie auch als Wissenschaft vom absoluten Rechte, d. h. von dem durch sich selbst (seiner a priori erkannten Vernünftigkeit wegen allein schon) gültigen Rechte, welches daher auch von keiner äussern Autorität abhängt.

Es ist dies das Recht, welches unter allen Formen der geschichtlichen Erscheinung dasselbe ist, aber zu seiner praktischen Geltung der Form, d. h. der Gestaltung in der Geschichte nicht entbehren kann, aber eben darum in dieser nie vollkommen rein, sondern nur mit zeit- und localgemässen Modificationen zur Geltung kommen kann.

Vom Standpunkte des Materialismus aus betrachtet, ist aber die Rechtsphilosophie eine Wissenschaft a posteriori, eine Erfahrungswissenschaft [3]), d. h. die Wissenschaft vom Rechte, wie es sich auf der Grundlage der physikalischen und physiologischen (psychologischen) Eigenschaften aus der Gesammtheit der menschlichen Triebe und Gefühle, bez. aus dem Bedürfnisse der Gesellschaft unter gegebenen Verhältnissen mit Nothwendigkeit entwickelt und bez. entwickeln kann und muss. Hiernach ist die Rechtsphilosophie eine historische Rechtsvergleichung; es wird hier der absolute Charakter eines durch reines Denken erkannten Rechtes negirt und werden nur zufällige Uebereinstimmungen anerkannt, bez. dass gleiche Wirkungen sich zeigen, wo gleiche Ursachen wirken. [4])

---

[3]) Wie die Pathologie etc.

[4]) Hans Gross, Entwurf einer Rechtsentwicklung, Graz 1873, p. 17. -- Moritz Benedikt, Zwei Vorträge zur Psycho-Physik der Moral und des Rechts, Wien 1875.

Auch die Materialisten nehmen daher an, dass es ein Recht gibt, aber was ein Recht sei, beruht bei ihnen nur auf Verschiedenheit der Triebe und Verhältnisse.

Häufig werden auch im Sinne von Rechtsphilosophie oder Vernunftrecht die Ausdrücke Naturrecht, natürliches Recht, jus naturae, jus naturale gebraucht. Sie sind aber weniger passend, bez. in neuerer Zeit weniger beliebt, weil sich damit verschiedene (mehrdeutige) Nebenbegriffe verbinden können.

Nur die Materialisten, wie Hans Gross, nennen in neuerer Zeit ihr System „natürliche Rechtsphilosophie" im Gegensatze zur speculativen Wissenschaft, insofern mit Recht, als sie von eigentlich physikalischen Grundlagen ausgehen.

Von den Idealphilosophen wird dagegen die Bezeichnung als Naturrecht beanstandet, weil sie vom Idealen, Geistigen, dem Selbstbewussten und Willensfähigen ausgehen und im Gegensatze hiervon unter Natur nur das Unbewusste (Bewusstlose), Willenlose, sinnlich Wahrnehmbare, Physikalische verstehen. [5]) In Bezug auf die solchergestalt im Begriff begrenzte Natur gibt es freilich kein Recht, sondern in diesem Bereiche herrscht nur die Gewalt. [6])

Im Römischen Rechte hat jus naturale nur die Bedeutung von instinctartig wirkenden Naturgesetzen, denen die Menschen, wie andere organische Wesen, unterworfen sind. [7])

In der älteren Schule verstand man unter Naturrecht häufig nur das Recht, welches im Naturstande der Menschen gelte. Man unterschied nämlich (besonders seit Hobbes und Rousseau) zwei Zustände, in denen die Menschen vorkommen können, einen sog. Naturstand, als Zustand ohne Beherrschung, als ursprünglichen Zustand, und den Staatszustand, als Zustand unter einer Beherrschung. Sonach theilte man alles Recht in Naturrecht, als Recht, welches auf keiner positiven (politischen) Autorität

---

[5]) Man kann freilich unter Natur auch das gesammte Geistige und Physische zusammenfassen, wie dies bei den sog. Naturphilosophen der Fall ist.

[6]) „Nature n'a point de loi"; besser würde man sagen: „n'a point de droit".

[7]) pr. Instit. de J. N. G. & C. (I. 2).

beruht, und Staatsrecht, nämlich dieses Wort in dem weiten Sinne gebraucht, als Recht, welches auf Autorität des Staates beruht (so wie z. B. im Römischen Recht der Ausdruck *jus civile* erscheint) und was sonst das positive Recht genannt wird.[8])

Auch die Materialisten gehen vom sog. Naturstand aus.[9])

Ein Naturstand in obigem Sinne ist nun aber historisch nicht erweislich, denn auch in den einfachen Zuständen, welche dem Staate historisch vorangehen können, wie Familie, Stämme, nomadisirende Völkerschaften (sog. uncivilisirte Völker oder Zustände im Gegensatz des Staates als Zustandes der Civilisation) besteht stets schon eine Herrschaft, und überdies ist der Staat selbst ein natürlicher, im Wesen der Menschheit begründeter Zustand.

Richtig ist nur soviel, dass man von dem Rechte, welches von dem Staate ausgeht, oder durch den Staatszustand bedingt ist, oder sich auf ihn bezieht und auf positiven Normen beruht, absehen — abstrahiren — und das davon unabhängige, schon im Wesen des Menschen, in der sog. menschlichen Natur wurzelnde, mit ihm gesetzte Recht für sich allein betrachten und als Naturrecht bezeichnen kann; aber dies ist nur eine Denkoperation und wird dabei kein besonderer historischer Zustand (Naturstand) vorausgesetzt.

Endlich versteht man unter natürlichem Rechte heutzutage insbesondere die Folgerungen, welche aus irgend einem, gleichviel ob allgemeinen (philosophischen) oder positiven (historischen) Rechtsbegriffe (Princip) mit logischer Strenge (Nothwendigkeit) abgeleitet werden können (sog. Natur der Sache).[10])

## §. 2.

## Verhältniss der Rechtsphilosophie zur Philosophie überhaupt.

Die Rechtsphilosophie ist ein Theil der Philosophie, d. h. der allgemeinen Wissenschaftslehre (Weisheitslehre) überhaupt;

---

8) So zuletzt noch K. S. Zachariae, Vierzig Bücher vom Staat (Umarbeitung), Heidelberg 1839, I. p. 171; und in seinem biograph. und jurist. Nachlass, Stuttgart und Tübingen 1843, p. 120 ff.

9) cf. Hans Gross, a. a. O. p. 17.

10) Dies ist gut entwickelt bei K. S. Zachariae, a. a. O.

oder: Lehre von dem, was ist; Lehre von der Wahrheit; Lehre von dem letzten Grunde der Dinge; Lehre vom Zusammenhange der Dinge mit Gott.

Je nachdem sich die Philosophie mit der Lehre vom Geiste, dem Uebersinnlichen, oder mit den natürlichen Dingen, dem Sinnlichen beschäftigt, unterscheidet man die Idealphilosophie und die Naturphilosophie.

I.

Nach der idealistischen Auffassung ist die Rechtsphilosophie der Theil der Philosophie, welcher den Menschen als vernünftiges, d. h. willensfreies Socialwesen — den Menschen in seinen zeitlichen und räumlichen Verhältnissen, bez. als endliches Socialwesen (in Raum und Zeit) — zum Gegenstande hat, oder die Lehre vom vernünftigen Freiheitsgebrauch in den socialen Verhältnissen.

Es ist die Aufgabe der sog. Idealphilosophie oder Metaphysik, nachzuweisen, dass der Mensch ein Vernunftwesen ist, und dass seine Vernünftigkeit durch die Freiheit seines Willens bedingt, mit derselben gegeben und im Wesen identisch ist; sie hat auch die Realität der Willensfreiheit überhaupt nachzuweisen und zu zeigen, in welchem Verhältnisse, sowie in welchen Wechselbeziehungen die menschliche Vernunft und Willensfreiheit zur Vernunft und Willensfreiheit des Urwesens — der Gottheit — steht. [1])

Für die Rechtsphilosophie ist also nach der Idealphilosophie die menschliche Willensfreiheit (Vernünftigkeit) ein Postulat, d. h. sie wird als feststehende Thatsache vorausgesetzt und somit ist die Rechtslehre in ihrem ganzen Umfange nur die logische und praktische Entwicklung dieser Willensfreiheit in Bezug auf die menschlichen Socialverhältnisse.

---

[1]) Krause, Abriss des Systems der Rechtsphilos. Göttingen 1828, p. 209. — Ad voc. Urwesen: Persönlichkeit Gottes, vergl. Moses: Stimme im Dornbusch: „Ich bin, der Ich bin". — Cicero: „est Deus in nobis". — cf. Augsb. Allg. Ztg. v. 23. Oct. 1875: Stimmen aus der Schweiz über Religion und Wissenschaft.

Die Freiheit, um welche es sich hier handelt, heisst die metaphysische oder transcendentale Freiheit, weil sie einem anderen Gebiete als dem des Sinnlich-Wahrnehmbaren (physischen) angehört. Sie darf aber nicht aufgefasst werden als ein ungebundenes Belieben — nicht als Willkür [2]), sondern sie muss aufgefasst werden (nach Hegel) als Fähigkeit der absoluten Selbstbestimmung (d. h. des Willens) in Gemässheit des selbsterkannten eigenen vernünftigen Wesens — oder (nach Kant) als Unabhängigkeit von Natur-Causalität, verbunden mit absoluter Causalität; — oder Freiheit ist die Fähigkeit des vernünftigen Handelns aus Selbstbestimmung nach Selbsterkenntniss des Vernünftigen.

Frei handeln heisst also vernünftig handeln aus eigener Erkenntniss und eigenem Entschlusse. Wer unvernünftig handelt, wer der Sinnlichkeit nachgibt, handelt nicht frei, sondern willkürlich; die sinnliche Begierde beherrscht ihn wie der Trieb das Thier (er ist Sklave der Sünde).

Die metaphysische Freiheit oder Willensfreiheit des Menschen hat daher in der Selbsterkenntniss von seinem Wesen — von seiner Vernünftigkeit — ebenso ihren absoluten Grund, als auch ihre absolute Schranke, oder ihr Gesetz: d. h. es ist die metaphysische Freiheit sich selbst Schranke, sie ist begrenzt durch ihren (eigenen) Begriff, d. h. durch den Begriff des Vernünftigen. [3]) Hiermit ist zugleich der Begriff von Vernunftnothwendigkeit im Gegensatze von Naturnothwendigkeit gegeben.

Die Vernunftnothwendigkeit beruht auf der Uebereinstimmung (Harmonie) der freien Selbstthätigkeit des Geistes mit der Selbsterkenntniss seines Wesens, sie ist etwas Inneres (Logik); die Naturnothwendigkeit aber beruht auf dem Zwange durch Sinnliches (Aeusserliches). Erstere bezieht sich auf den Willen, das Innere; letztere auf die Erscheinung, das Willenlose. Erstere ist durch sich selbst bedingte Nothwendigkeit; letztere ist stets absolute, unbedingte Nothwendigkeit, unabwendbarer physischer

---

[2]) Hegel, Grundlinien der Philos. des Rechts, §. 15: „nicht so, dass man thun könne, was man wolle“.

[3]) Das Vernünftige kann nicht zugleich das Unvernünftige sein; nach Ludwig Feuerbach's Ausdruck: Gott kann nicht zugleich der Teufel sein!

Zwang. Erstere bezieht sich auf das, was der Mensch durch seine That verwirklichen kann und soll; letztere auf das, was in der Sinnenwelt (in der Erscheinung) sein muss und darum auch ist.

Verschieden von der metaphysischen Freiheit ist die psychologische Freiheit, die Freiheit in der Bildung von Vorstellungen, die Entschlussfähigkeit (Fähigkeit, einen Entschluss zu fassen, den Zustand der Willkür zu beenden), d. h. zu wollen überhaupt. Unter Willkür versteht man nämlich das Begehrungsvermögen in völlig ungebundenem Zustande. Wollen heisst, sein Begehrungsvermögen zu etwas bestimmen, d. h. die Fähigkeit einen Entschluss zu fassen, bez. das Abstractionsvermögen. Wille ist das bestimmte, d. h. auf ein gewisses Ziel gerichtete Begehrungsvermögen nach gefasstem Entschlusse.

Die psychologische Freiheit ist daher die Vorbedingung der Wirksamkeit der metaphysischen Freiheit.

Wieder etwas Anderes ist die politische Freiheit, die Befugniss nur selbstgebilligten, d. h. verfassungsmässig mit Zustimmung des Volkes oder seiner Vertreter entstandenen Gesetzen unterworfen zu sein.

## II.

Nach materialistischer Ansicht wird dagegen die Rechtsphilosophie aufgefasst als der Theil der Philosophie, der den Menschen als verständiges Socialwesen, oder die menschlichen Socialverhältnisse als natürlich bedingte zum Gegenstande hat. Man geht hier aus von dem Egoismus des Individuums[4]) (also einer Art Naturstandstheorie) und somit auch vom sog. Kampf ums Dasein[5]), und findet sodann, dass schon das blosse sociale Bedürfniss[6]) oder das Gattungsbewusstsein, wenn es einmal erwacht ist[7]), bez. der Verstand, die Klugheit, Politik, den Menschen als Verstandeswesen nöthigt, ein Gesetz der Socialität aufzustellen, d. h. zu erfinden, anzuerkennen und durchzubilden

---

[4]) Erhaltungstrieb; sui conservandi studium des Hobbes.

[5]) Darwinismus; bellum omnium contra omnes des Hobbes.

[6]) Socialitätstrieb des Hugo Grotius.

[7]) Ludwig Feuerbach.

und durch Zusammenwirken in Geltung gegen den einzelnen Widerstrebenden bez. Mächtigen zu erhalten.

Man ersieht hieraus, dass das Recht so tief im menschlichen Wesen, in der menschlichen Natur wurzelt, dass, wenn man auch alle metaphysische Freiheit und die Eigenschaft des Menschen als Vernunftwesen läugnet, doch die Menschheit genöthigt ist, etwas Aehnliches wie den metaphysischen Freiheitsbegriff oder ein Surrogat desselben zu erfinden.[8]) Dieses Surrogat nennt nun die materialistische Schule auch „das Recht"; in Wahrheit ist aber hier nur der Polizeibegriff, bez. ein Nützlichkeitsbegriff an die Stelle des Rechtes gesetzt.[9])

Eben wegen der Unentbehrlichkeit des Rechtsbegriffes haben sich die Materialisten auch genöthigt gesehen, wenigstens die psychologische Freiheit, das Abstractionsvermögen[10]), im Gegensatze vom bloss thierischen Instinct und das Gattungsbewusstsein als menschliche Auszeichnung vor dem Thiere anzuerkennen.[11]) Dies ist es, was L. Feuerbach[12]) als Duismus bezeichnet, Rücksichtnahme auf die Glückseligkeit, das Wohlbefinden des Du, d. h. des Nebenmenschen.[13]) Uebrigens gebraucht L. Feuerbach noch die Bezeichnung „vernünftig", wo „verständig" stehen sollte; er erklärt den Willen, d. h. den Entschluss zum Handeln gemäss dem Gattungsbewusstsein, für die „vernünftige Begierde" und

---

[8]) Die idealistische Schule will den Menschen zum Rechthandeln bestimmen durch Hinweisung auf das, was eines vernünftigen Wesens würdig ist; die materialistische Schule aber durch ein richtiges Maass der Entwicklung (Erweckung) der Unlustgefühle.

[9]) Die Menschheit kann eben den Rechtsbegriff nicht entbehren; diese Substitution des Polizeibegriffes ist selbst das Zeugniss seiner Unentbehrlichkeit, finde man seine Wurzel im (geistigen) Wesen der Menschheit oder in der menschlichen Natur.

[10]) Oben sub I.

[11]) L. Feuerbach gibt dem Thier kein Gattungsbewusstsein und setzt den Unterschied von Mensch und Thier in Wille und Instinct.

[12]) Gott, Freiheit und Unsterblichkeit vom Standpunkte der Anthropologie aus, 1846.

[13]) Dies ist ähnlich dem Grundgesetze der christlichen Moral: „Liebe deinen Nächsten wie dich selbst." Hier geht man vom Ich aus.

will, dass man das unvernünftige oder unverständige Wollen gar nicht Wille nennen soll.[14])

Eine ganz abweichende Terminologie hat Schopenhauer. Dieser nennt jede strebende Kraft in der Natur (was man sonst Trieb oder Drang nennt) „Wille“[15]) und den Willen, wenn ihn die Erkenntniss beleuchtet (also den bewussten Willen) „Willkür“, so dass er also auch einen unbewussten Willen, einen nicht mit Bewusstsein verbundenen, davon geschiedenen Willen als „Ding an sich“ annimmt. Auf dieser Grundlage ist die Philosophie des Unbewussten von Hartmann entstanden.[16])

Benedikt[17]) läugnet die Existenz der Willensfreiheit gänzlich, nachdem er gezeigt zu haben glaubt, dass sie, wenn sie vorhanden wäre, doch nur sehr geringe Bedeutung (etwa zwei Procent) haben könnte. Als bestimmend für den Willen des Menschen betrachtet er die seit der Urzeit angeerbten und anerzogenen und vom jeweiligen Zeitgeiste beeinflussten Lust- und Unlustgefühle. Sonach beruht das Recht in der Herstellung des Gleichgewichtes zwischen diesen Gefühlen, bez. Trieben, nach Bedürfniss der Gesellschaft; also auf Verstärkung des Lust- oder Unlustgefühls, durch Belohnungen oder Strafen. Alles Unrechtthun, alle Schlechtigkeit ist sonach aufgefasst als moralische Krankheit[18]), die Prävention (Abschreckung) oder Correction (Besserung) erfordert. Wenn dies nicht gelingt, so tröstet er sich damit, dass ein Arzt mit seiner Medicin auch nicht alle Kranken heilen könne.

Das Unrecht, das Verbrechen ist demnach ein Krankheits-

---

[14]) Aehnlich wie die Idealisten unter Freiheit nur die Fähigkeit verstehen, das Gute, Sittliche und Rechte zu wollen.

[15]) Z. B. das Wasser will überlaufen, der Vulkan will Feuer speien, der Sturm will losbrechen, es will gefrieren etc., oder das Feuer will nicht brennen etc.

[16]) Wie das Bewusstsein entsteht, wie und unter welchen Voraussetzungen es sich aus dem Unbewussten entwickelt, hat aber noch Niemand erklärt. Ebenso ist noch unaufgeklärt, ob Kraft etwas ausser der Materie Stehendes, mit ihr sich Verbindendes, oder ein Prädicat der Materie ist.

[17]) Zwei Vorträge zur Psycho-Physik, Wien 1875.

[18]) Oft ist wirklich unvollkommene Ausbildung des Gehirns etc. nachweisbar.

symptom, Folge von Geistesstörung, gestörtem Gleichgewicht von Lust- und Unlustgefühlen.[19]) Dies ist die Idee der Tragik, das Erliegen des sittlich guten Elements im Kampfe mit den Verhältnissen und Leidenschaften.[20])

Dass sinnliche Triebe und Leidenschaften mächtig wirken, das Bewusstsein trüben, verwirren, gibt auch der Idealismus zu; aber er glaubt an die Kraft des menschlichen Geistes, die sinnlichen Reize überwinden, die Herrschaft der Vernunft erhalten zu können; er sieht darin die Würde des Menschen. Die naturalistische Theorie erschlafft[21]); sie ist eine Faulheits- oder Süffisancetheorie.[22])

Idealismus und Materialismus stimmen jedoch bezüglich der historischen Rechtsentwicklung, der Genesis des praktischen, positiven Rechtes in der Anerkennung überein, dass mit dem Erwachen des Gattungsbewusstseins, der Erfassung des Gattungsbegriffes, mit der Idee der Socialität und dem Begreifen ihrer Nothwendigkeit zugleich die Nothwendigkeit gegeben und erkannt ist, dass der Willkür der Einzelnen eine Schranke gesetzt werde. Hiermit ist also stets das Bedürfniss und die Idee des Rechtes als einer Regel der Socialverhältnisse (für das Socialleben) gegeben und daher betrachtet jeder Staat es als seine Aufgabe, Rechtsgesetze zu geben, d. h. historisches Recht zu erschaffen und zu handhaben.

---

[19]) Othello.

[20]) Schiller, Wallenstein: „Es glaubt der Mensch die freie That zu thun, und ist doch nur ein Spielball des Geschickes.“

[21]) Sensualismus und Materialismus läugnen alle höhere geistige Erkenntniss. Naturalismus, Pantheismus und Rationalismus (Verständigkeitstheorie) läugnen jede religiöse geoffenbarte Wahrheit.

[22]) „Ich bin nun einmal nicht anders, kann nicht anders sein, kann, resp. mag mich nicht aufraffen.“ Das ist die Entschuldigung, die jeder Verbrecher für sich anführt. Er konnte nicht anders, war hingerissen, überwältigt von der Begierde. — Daher Tugend = Anstrengung, Ueberwindung der Sinnlichkeit; Laster = Faulheit, Versinken in die Sinnlichkeit, sich ihr hingeben. — Mythe von den Arbeiten des Hercules.

## §. 3.

## Verhältniss der Rechtsphilosophie zur Ethik, Moral oder Sittenlehre.

Seit Wolf und Kant theilte man die Philosophie gewöhnlich in zwei Haupttheile:

1) Die theoretische Philosophie, die Wissenschaft, welche Anschauungen gibt, sei es in Bezug auf geistige oder naturhistorische (physikalische) Gegenstände, die lehrt, was ist (Wahrheit), bez. was von der menschlichen Willensthätigkeit unabhängig ist, und

2) die praktische Philosophie, d. h. die Lehre vom vernünftigen Freiheitsgebrauch, vom vernünftigen Gebrauch der menschlichen Willensfreiheit — also von deren Anwendung im Leben.

Die theoretische Philosophie theilte man dann wieder in die Lehre vom Sinnlichen (Physik, Naturlehre überhaupt inclusive Mathematik, sog. exacte Wissenschaften) und die Lehre vom Uebersinnlichen (Idealphilosophie, Metaphysik, Logik, Psychologie, Psychophysik, Anthropologie, Lehre von der Verbindung des Geistigen mit dem Physischen u. s. w.).

Die praktische Philosophie theilte man ebenfalls in zwei Haupttheile:

1) Die Rechtslehre, als die Lehre vom erzwingbaren Freiheitsgebrauche, oder genauer: Lehre vom Gebrauche der Willensfreiheit, der sich als Zwang gegen Andere äussern kann, oder die Lehre von der Zulässigkeit des Zwanges[1]), und

2) die Sittenlehre, Ethik, Moral, als die Lehre von dem nicht erzwingbaren Freiheitsgebrauche — oder genauer: von dem Freiheitsgebrauche, der sich nicht als Zwang gegen Andere äussert.

Die Griechen und Römer unterschieden dagegen die Rechtslehre und die Sittenlehre nicht in solcher Schärfe, sondern sie unterschieden bezüglich des menschlichen Geistes:

1) die Lehre von seinem Wesen und den Formen seiner organischen Thätigkeit (Metaphysik, Psychologie und Logik); und

2) die Lehre von der Thätigkeit und Entwicklung des mensch-

---

[1]) Röm. R. „coactus voluit, sed tamen voluit!“ ist ein Widerspruch.

lichen Geistes im Socialverhältniss. Diese bezeichneten sie überhaupt als Ethik [2]), weil sich im praktischen Leben das Vernünftige zuerst auf dem Wege der (gleichsam instinctartigen) Uebung, ἦϑος, usus, mores, Sitte, geschichtlich zeigt.

Daher versteht man unter dem Sittlichen heutzutage noch

1) das, was durch die Sitte, d. h. Uebung, mores, entwickelt oder festgestellt worden ist, und eben darum, weil es das Gebräuchliche ist, in einem gewissen Kreise für Vernünftiges gilt; sodann aber versteht man unter dem Sittlichen auch

2) dasjenige, was a priori — durch Speculation, reines Denken — als Vernünftiges erkannt und eben darum auch der geschichtlichen Entwicklung durch die Uebung, usus, mores, Sitte, fähig ist, welche historische Entwicklung daher auch für vernunftnothwendig, d. h. als eine Vernunftforderung anerkannt wird.

Im ersten Falle ist also das Sittliche ein historischer Begriff, im zweiten Falle ein philosophischer.

Man kann dies auch so ausdrücken:

Sitte oder Sittliches ist also das Vernünftige selbst, insofern es durch usus etc., also empirisch (Geübtes) erfahren ist, und hiermit verbindet sich die Idee des zu Uebenden, weil es Geübtes ist. Daher spricht man von der „Macht der Sitte“.

Nach der griechischen und römischen Auffassung wurde demnach das Recht als ein Theil der Ethik und in derselben inbegriffen und ihr subordinirt betrachtet und meistens nicht scharf davon unterschieden. [3]) Dagegen betrachtet man heutzutage die Rechtslehre und die Sittenlehre als coordinirte Theile der Philosophie.

Dabei hat man aber in der neuesten Zeit doch wieder die Ueberzeugung gewonnen, dass trotz der logischen (theoretischen) Unterscheidung von Recht und Moral, welche besonders von Kant durchgeführt worden ist, das Recht in seiner geschichtlichen Entwicklung nicht völlig von der Moral getrennt werden darf, sondern stets von ihr seinen Ausgangspunkt und in ihr

---

[2]) Cicero, de fato, I. 1: philosophia moralis.

[3]) Auch nicht bei den Orientalen; cf. den Ausdruck: „gerecht vor Gott und den Menschen sein.“

seine Wurzel haben muss, wenn das staatliche Leben nicht Nachtheile erleiden soll, d. h. dass Recht und Moral in Wechselwirkung bez. in Harmonie stehen müssen, was zu bewirken Sache der Gesetzgebung ist.[4])

Dies ist die Consequenz davon, dass man die Moral nicht bloss als Sittenlehre für das Individuum, sondern als Lehre von der praktischen Vernünftigkeit der Gattung, als ein praktisch entwickeltes Gattungsbewusstsein (Volksbewusstsein) aufzufassen hat.

## §. 4.

## Literatur.

Bei den Griechen und Römern[1]) wurde die Rechtsphilosophie theils unter der Ethik,[2]) theils unter der Politik mit behandelt, da alles Recht doch nur in politischen Zuständen, d. h. im Staate, gesicherte praktische Bedeutung hat. Specielle Schriften über Rechtsphilosophie finden sich daher bei den Griechen und Römern nicht, wenn man nicht etwa Cicero's Schrift: „De officiis“ dafür nehmen will.

Griechen und Römer verfuhren auch bei der Construction des Vernunftrechtes vorzugsweise praktisch (empirisch), d. h. sie betrachteten das als Vernünftiges, was sich als die Sitte (Uebung) der Edleren und Besseren zeigte. Die Sophisten achteten aber die Rechtsphilosophie gar gering, da sie davon ausgingen: „Recht ist, was den Mächtigen gefällt“, also die Gewalt an die Stelle des Rechtes setzten.[3])

Die griechische und römische Rechtsphilosophie, soweit es

---

[4]) So zeigt sich die Aufhebung der Wuchergesetze, das Freigeben der Immoralität (Pfandleihanstalten, private Rückkaufsgeschäfte etc.) durchaus als schädlich. Man braucht ein ethisches, d. h. auf sittlicher Grundlage beruhendes, der guten Volkssitte gemässes Recht, sonst entsteht Verachtung der Gesetze.

[1]) Siehe §. 3.

[2]) Cicero, de fato, I. 1: philosophia moralis.

[3]) Eine Theorie der Resignation, bez. der Verzweiflung am sittlichen Rechte! „Macht geht vor Recht“.

eine gab, war daher in der Hauptsache eine Wissenschaft *a posteriori*, eine Erfahrungswissenschaft, während man heutzutage die Rechtsphilosophie meistens — d. h. mit Ausnahme der Naturphilosophen — *a priori*, durch reines Denken, Speculation, zu construiren versucht. Die griechisch-römische Rechtsphilosophie beruht daher auf der analytischen, die neuere Rechtsphilosophie aber meistens (d. h. mit Ausnahme der Naturphilosophen) auf der synthetischen Methode.

Bei den römischen Juristen erscheint das Vernunftrecht nur sporadisch unter der Bezeichnung jus gentium, in dem Sinne von jus, quod apud omnes gentes peraeque observatur, jus quo omnes gentes utuntur, oder als jus commune omnium hominum. [4])

Man schloss also aus dem allgemeinen Vorkommen eines Rechtsinstitutes auf dessen Vernünftigkeit, daher wird in §. 1 Inst. cit. (s. Note 4) das jus gentium auch definirt als „jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.“ [5])

Somit betrachteten die griechischen und römischen Philosophen das Vernunftrecht allerdings doch schon als im Wesen (natura) des Menschen liegend, als ein ihm eingeborenes Gesetz, welches er nicht zu erlernen brauche, sondern welches gleichsam instinctartig wirke, wie dies namentlich Cicero, pro Milone, deut-

---

[4]) Sämmtliche Ausdrücke siehe in §. 1 Inst. de J. N. G. & C. (1, 2); L. 1, §. 4, Dig. de J. & J. (1, 1): „Jus gentium est quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intelligi potest, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.“ Cf. L. 31, Dig. de R. J. (50, 17): „quod ad jus naturale obtinet, omnes homines aequales sunt.“

[5]) L. 2, Dig. (1, 1): „erga Deum religio, ut parentibus et patriae pareamus.“ — L. 3: „ut vim et injuriam propulsemus nam jure hoc obvenit, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, hoc jure fecisse existimetur — cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est, hominem homini insidiari nefas esse.“ — L. 4: „Manumissiones quoque juris gentium sunt“, ebenso erwähnt als Grund, weil „jure gentium servitus invasit“; daher ferner: „ex jure gentium tria genera (hominum) esse coeperunt: liberi . . . servi . . . liberti.“ — L. 5: „Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt.“

lich ausgesprochen hat.[6]) Daher spielt auch die naturalis ratio, bez. die natürliche Logik (die Natur der Sache) in den Schriften der römischen Juristen eine so grosse Rolle.

Bei den Griechen und Römern konnte sich übrigens die Rechtsphilosophie nicht als eine besondere Wissenschaft entwickeln, weil diese Völker gewohnt waren, Alles, was ihnen vernünftig und politisch zweckmässig erschien, sogleich praktisch anzuwenden, und weil ihr Recht sich durchaus auf rein nationalen Grundlagen entwickelte und längere Zeit der Gegensatz von historischem und abstractem Rechte nicht leicht eine praktische Bedeutung hatte.[7])

Auch im Mittelalter findet sich keine systematische Behandlung des Vernunftrechtes, weil in dieser Periode die germanischen Völker ebenfalls ihr nationales Recht für natürlich vernünftiges hielten.[8]) Nur das gleichzeitige canonische Recht steht einigermassen auf einem kritischen Standpunkte (in Folge der zum Theil oppositionellen Stellung der Kirche zum Staat). Es legt, wie die römischen Juristen, grosses Gewicht auf die rationabilis causa, d. h. auf logische Folgerichtigkeit. Das canonische Recht erklärt das jus naturale oder die Lex naturalis

---

[6]) „Est enim non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa accepimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.“ Dies nähert sich schon sogar einer Construction der Rechtsphilosophie *a priori!* Vergl. Köppen, Rechtslehre nach Platonischen Grundsätzen, mit Anwendung auf unsere Zeit, Leipzig 1819. — G. F. Hurndall, Diss. de philosophia morali Socratis, Heidelberg 1853.

[7]) Erst wenn positives Recht da ist, wird der Gegensatz zum abstracten Recht fühlbar. Livius nennt daher die XII Tafeln: „finis aequi juris.“ Auch die monarchische Autokratie setzt jener Entwicklung des abstracten Rechtes als nationales Recht Schranken. Vergl. L. 2. Cod. quae sit longa consuetudo. Daher hat auch die Rechtsphilosophie (als Speculation) bei jenen Völkern in der neueren Zeit wenig Anklang gefunden, die ein reges politisches Leben haben, wie in Nordamerika, England, selbst Frankreich. Man beschäftigt sich dort mehr mit dem Studium der socialen Verhältnisse, als der individuellen.

[8]) Es war überhaupt noch kein philosophisches Bedürfniss da; der kritische Geist war noch nicht erwacht.

sogar geradezu als Lex divina und als unabänderliche Norm.[9]) Dabei legt sich aber die Kirche als von Gott eingesetzte Lehrerin der Völker das Recht bei, zu entscheiden, was vernünftig sei oder nicht.[10])

Erst im XVI. Jahrhundert, wo überhaupt die kritische Richtung in der Wissenschaft begann, fing man an, Systeme des Naturrechts aus der Vernunft und den Sittenlehren des alten und neuen Testaments zu construiren.[11])

Seit dem XVII. Jahrhundert kann man nun folgende Hauptrichtungen unterscheiden.

## I.

### Systeme, welche das Naturrecht auf (verschiedenen) Trieben construiren.

Dahin gehört:

1) Hugo Grotius, „De jure belli et pacis", Paris 1625.[12]) Sein Werk ist noch kein System des Naturrechts im modernen Sinne. Er construirt den Rechtsbegriff aus dem Socialitätstrieb erfasst den Menschen als Gesellschaft-bedürftiges Wesen von Natur aus, betrachtet ihn, wie Aristoteles und Plato, als *ζώον πολίτικον*, zum Staatsleben (d. h. geordnetem gesellschaftlichen Leben) geschaffen und dies als die Idee der Menschheit. Er schlägt den Weg einer Vergleichung der historischen positiven Rechte ein, um daraus das Allgemeine zu abstrahiren.[13])

---

[9]) Z. B. Gregor IX. anno 1229 in Cap. 11, X. de consuetudine (1, 4); vergl. Zoepfl, Deutsche Rechtsgesch. 4. Aufl. 1871, Bd. I, §. 28, Note 13.

[10]) Vergl. Schwabensp. Ldr. c. 44 (Lassberg): „Das ist gut gewonheit . . . . div wider geistlichem reht niht ist, vnd div wider den menschlichen zuhten (Zucht) niht ist, noch wider der selicheit nit ist der eren vnd der sele." — Vergl. Zoepfl, Deutsche Rechtsgesch. 4. Aufl. Bd. I, §. 21, Note 5.

[11]) So Joh. Aldendorp, 1539, isagoge seu elementaria deductio etc.

[12]) Vergl. Hartenstein, Darstellung der Rechtsphilosophie des Hugo Grotius, Leipzig 1850; aus dem ersten Bande der Abhandlungen der philosoph. histor. Klasse der kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften.

[13]) Die Materialisten kehren hierauf zurück. L. Feuerbach's Duismus s. oben §. 2, II. S. 8. Ableitung des Rechts aus dem Gattungsbegriff;

Da sich Hugo Grotius unmittelbar auf die sociale Natur des Menschen bezieht, so beweist er eigentlich nicht, sondern gibt seine Sätze evident.

Eigentlich hätte das Recht nicht so aufgefasst werden sollen, dass es aus einem Trieb hervorgeht, sondern dass es in dem Begriff und Wesen der Socialität selbst liegt; denn darin liegt implicite der Begriff von Gleichheit des Wesens und somit der Begriff von einer Regel (Norm), und daher hat Hugo Grotius implicite den sogenannten objectiven Rechtsbegriff oder Gesetzesbegriff als aus dem Socialitätstrieb hervorgehend an die Spitze seines Systems gestellt.

Etwas Aehnliches findet sich schon in der L. 3, Dig. de J. et J. (1, 1), denn hier wird z. B. das Recht der Selbstvertheidigung als ein jus gentium, d. h. als ein natürliches Recht erklärt,[14]) weil von Natur unter den Menschen eine gewisse cognatio bestehe; also wird hier schon der Rechtsbegriff aus dem Wesen der Gattung — aus der Socialität — abgeleitet und mit dieser als gegeben (gesetzt) betrachtet.

2) Neben Hugo Grotius erscheint von besonderer Bedeutung Hobbes, de cive, Paris 1642. Dieser gründet seine Theorie auf den Erfahrungstrieb, sui conservandi studium.[15]) Hobbes geht aus vom Individuum und dessen Sinnlichkeit, bez. von dessen naturwüchsigem Egoismus und steht also formell in scharfem Gegensatze zu Hugo Grotius, der von der Gattung ausgeht. Hobbes läugnet die angeborene Eigenschaft des Menschen als politisches Wesen.[16]) Er betrachtet den Staat als etwas willkür-

---

das Recht entspringt aus dem Bedürfniss der Gattung; Lust- und Unlustgefühle müssen im Gleichgewicht gehalten werden, damit eine sociale Existenz möglich ist. Dies führt zur Auffassung des Rechts als Norm, Gesetz, objectiver Rechtsbegriff.

[14]) Siehe oben S. 14, N. 5.

[15]) Hobbes: „Bonorum primum est sui conservatio; malorum omnium primum mors“; — Moritz Dessauer: Spinoza und Hobbes, Begründung ihrer Staats- und Religionstheorien etc. Breslau 1868, p. 19. — Staatszweck bei Hobbes: jucundissime vivere! Dessauer p. 20. — Hobbes ist Materialist und Empiriker wie Baco, Locke etc.

[16]) Hobbes bestreitet das griechische ζῶον πολίτικον, d. h. die Naturanlage des Menschen zum Staat; Dessauer, p. 10.

lich Gemachtes und bezeichnet ihn als ordo artificialis.[17]) Nach Hobbes befindet sich der Mensch von Haus aus in dem sog. Naturstande, als einem Zustande ohne Ordnung und Herrschaft. Jeder hat das Recht zu Allem, was ihm beliebt; es gibt daher kein Unrecht. Dieser Naturstand ist also ein Zustand der Rechtsunsicherheit, bellum omnium contra omnes. Daher stellt Hobbes den Imperativ auf: „Exeundum est ex statu naturae!" Sodann gründet er die Geltung des Rechts und bez. den geordneten Zustand — Staat —, in welchem das Recht zur Geltung kommt, auf Uebereinkunft (Verträge), insbesondere auf ein angebliches pactum unionis, wobei jedoch unerklärt bleibt, warum der Vertrag ein Recht geben (begründen) könne. Hobbes erklärt die Verträge, worauf er den Staat gründet, als Veräusserungen der natürlichen Freiheit an den Souverain und gelangt hierdurch zum politischen Absolutismus,[18]) zur Omnipotenz des Staates;[19]) daher hat seine Construction des Rechtsbegriffes immer vielen Widerspruch gefunden.[20])

Bei Hobbes ist der Gedanke als ganz richtig anzuerkennen, dass das Recht schon mit dem Individuum selbst da ist, eben weil dieses ein vernünftiges Wesen ist. Bei Hobbes tritt also schon, wenn auch nicht gehörig entwickelt, der Begriff der Befugniss, die er libertas nennt, der sog. subjective Rechtsbegriff, an die Spitze des Rechtssystems. Das Recht ist ihm demnach schon Befugniss des Individuums, von seinen Fähigkeiten Gebrauch zu machen.[21]) Die Construction des Rechtsbegriffes ist

---

[17]) Dessauer, p. 12, 13.

[18]) Hobbes nimmt sogar die erzwungenen Verträge für verbindlich an (ähnlich wie im röm. Recht: „coactus voluit, tamen voluit"), nur dass er im Staate die Möglichkeit der Dispensation zulässt (ähnlich röm. R. restitutio in integrum); Dessauer, p. 21.

[19]) Die Staatsomnipotenz, Staatsdespotie, kann sowohl in monarchischer (autokratischer) als demokratischer Form vorkommen. Im Grunde herrscht in jeder Demokratie der Absolutismus, nämlich hier: der Massen.

[20]) Vergl. Anselm Feuerbach, Antihobbes, 1796.

[21]) Der Fehler ist nur, dass er diesen Gebrauch als willkürlichen auffasst, anstatt das Recht als die Befugniss anzuerkennen, von seinen Fähigkeiten einen vernünftigen Gebrauch zu machen.

bei Hobbes nur insofern unrichtig, als er die Befugniss aus dem Erhaltungstrieb, also aus einem sinnlichen Triebe hervorgehen lässt, während sie in dem vernünftigen Wesen des Menschen selbst wurzelt, d. h. mit seinem Dasein als vernünftiges Wesen von selbst gegeben und identisch ist.[22])

3) Der Zeitfolge nach reiht sich hier Spinoza an, in seinem Tractatus theologico-politicus, steht jedoch auf ganz anderer Grundlage.[23]) Er erklärt Macht und Recht (Befugniss) für identisch und nur in der Erscheinung als Gegensätze hervortretend, die also in dem Urwesen — der Gottheit, Substanz? — in Vollendung der Geschichte zusammenfallen müssen.[24]) Es kommt aber allgemein anerkannt bei Spinoza zu keiner weiteren selbstständigen Ent-

---

[22]) Die Triebe, wie Erhaltungs- und Socialitätstrieb, sind nicht die Wurzel, sondern das Medium des Vernünftigen. Dem Vernünftigen correspondirt eben die physische oder Naturanlage des Menschen.

[23]) Spinoza's sämmtl. Werke, v. B. Auerbach, Stuttgart 1877. — Spinoza ist nicht Idealist, wie Dessauer meint, sondern Materialist, wenngleich nicht Empiriker. Er stellt sich auf den Standpunkt der reinen Speculation, und nimmt daher einen weit höheren Standpunkt ein als Hugo Grotius und Hobbes. Er geht aus von der Substanz (dem Sein); diese ist an sich nothwendig; zu ihrer Natur gehört die Existenz; Denken ist eine Eigenschaft der Substanz. Der menschliche denkende (intelligente) Geist ist das Medium, wodurch wir begreifen. Wahres Denken ist das primitive Denken, Erkennen einer Sache bloss durch das Wesen der Sache. Er will Freiheit des Denkens auch im praktischen Leben. Spinoza läugnet alle Zweckbegriffe und Ideale (des Plato und Aristoteles), sowie die Zweckursachen (auch in der Natur geschieht Alles nach unabänderlichem Causalzusammenhang, nicht nach einem teleologischen Princip). Er läugnet auch den freien Willen, die Selbstbestimmung Gottes, welche Cartesius noch stehen liess. Spinoza setzt auch in Gott Nothwendigkeit; er bezeichnet zwar die potentia Dei als absolute libera, findet aber die Freiheit der Substanz eben darin, dass sie durch nichts Aeusseres bedingt wird, dass Alles aus innerer Nothwendigkeit erfolgt (Dessauer, p. 14); er fasst also die Natur- und Vernunftnothwendigkeit zusammen. Spinoza nimmt auch keine menschliche Willensfreiheit an. Alle Handlungen der Menschen sind determinirt nothwendige Wirkungen der in der menschlichen Natur liegenden Motive.

[24]) Richtiger ausgedrückt: „In Gott ist Einheit von Recht und Macht.“ — „Deus jus ad omnia habet, quia potentiam ad omnia habet,

wicklung. Sowie er praktisch werden will, tritt er auf den Standpunkt von Hobbes, dessen Schriften er kannte; er nimmt also auch einen Naturstand (status naturalis) an, aus welchem der Mensch in den Staat übertrete,[25]) lässt aber im Unklaren, in welcher Weise der Uebergang zum status civilis stattfindet.[26]) Spinoza meint, dass wenn die Menschen stets nach den Vorschriften der Vernunft allein lebten, es des Staates — des Entschlusses in ihm zu leben — gar nicht bedürfte;[27]) allein diese Vorstellung von einer hypothetischen Staatsentbehrlichkeit ist ein grosser Irrthum und beruht auf einer viel zu armseligen Vorstellung vom Wesen und der Aufgabe des Staates!

Obgleich Spinoza auch dem Staate das Recht beilegt, zu bestimmen, was recht und erlaubt ist, und die Bürger für verpflichtet erklärt, den Staatsgesetzen zu gehorchen,[28]) so erkennt er doch, abweichend von Hobbes, im Staate keine Veräusserung der natürlichen Rechte des Menschen an; er will keine Staatsomnipotenz, sondern er will die Vernunft, die er ausser den Leidenschaften zur Natur des Menschen gehörig betrachtet, zur Grundlage einer guten Staatsregierung machen.[29])

Spinoza fordert den Staat, als den Zustand, in welchem allein das Recht gelte, d. h. (durch Politik) mit der Macht verbunden sei. Er ist auch der Ansicht, dass alles (praktische) Recht nur in und mit dem Staate entstehe, was auch die spä-

---

ergo tantum juris est omni creaturae, quantum potentiae.“ (Da ist ja die Macht der Grund des Rechtes.)

[25]) „Homines civiles non nascuntur, sed fiunt“; Dessauer, p. 10.

[26]) Dessauer, p. 11, Note a und p. 13. — Dies konnte (als bloss geschichtliche Erscheinung) ihm als Philosophen allerdings gleichgültig erscheinen.

[27]) Dessauer, p. 23, 24.

[28]) Dessauer, p. 12, 22.

[29]) Spinoza unterscheidet zwischen jure und optime regieren; er will das Jus naturale im Staate nicht aufgehoben, sondern nur dem Staatszweck — „concorditer et pacifice vivere“ — gemäss beschränkt wissen. Er will Freiheit des individuellen Denkens, Lehrfreiheit! Hobbes wollte deren Beschränkung! Dessauer, p. 24.

tere historische Schule[30]) behauptete, doch mit dem Unterschied, dass diese (wie Hobbes) dem natürlichen Rechte gar keine Bedeutung im Staate mehr beilegt, während Spinoza erklärt, dass er sich von Hobbes dadurch unterscheide, dass er das Naturrecht stets bestehen lasse.[31])

Auch darin weicht Spinoza von Hobbes ab, dass er einen Vertrag nicht länger gelten lassen will, als sich der Wille der Contrahenten nicht ändert. Wer die Macht hat, das Versprechen aufzuheben, hat sich seines Rechtes nicht entäussert, über die Sache nun anders zu denken.[32])

Richtig ist an der Theorie des Spinoza, dass das Recht oder der vernünftige Gedanke ohne Macht nicht zur praktischen Geltung kommen kann, und wer die Geltung des Rechtes will, spricht also implicite aus, dass das Recht ein Mächtiges sein müsse. Allein hieraus folgt nicht, dass Recht und Macht identisch sind, oder dass das Recht aus der Macht hervorgeht, in ihr seinen Grund hat, sondern nur, dass die Macht die äussere Bedingung der historischen Geltung des Rechtes ist, — dass also Recht und Macht in Wechselbeziehung stehen und dass es die Aufgabe des praktischen Lebens, bez. des Staates ist, das ideale Recht, den vernünftigen Gedanken der Socialität, mit der gehörigen Macht zu verbinden.[33])

4) Auf den Grundlagen von Hugo Grotius und Hobbes, meistens deren Ansichten combinirend, erscheint sodann eine grosse Anzahl von Schriftstellern im 17. und 18. Jahrhundert ohne Originalität, so Pufendorf und Wolf, der noch überdies das eigentliche Vernunftrecht und die blos logischen Folgerungen aus

---

30) v. Savigny etc.

31) „Quod ego jus naturale semper sartum tectum conservo"; Dessauer, p. 24.

32) Dessauer, p. 21.

33) Sigwart, Vergleichung der Rechts- und Staatslehre des Hobbes und Spinoza. Tübingen 1845. — J. Horn, Spinoza's Staatslehre; Dessau 1851. — Moritz Dessauer: Spinoza und Hobbes, Begründung ihrer Staats- und Religionstheorien durch ihre philosophischen Systeme; Breslau 1868. Inaugural-Diss. f. d. philos. Facultät zu Heidelberg.

historischen Rechtsbegriffen verwechselt, übrigens zuerst das Naturrecht als einen Theil der praktischen Philosophie erklärte. Ganz auf diesem Standpunkte steht ebenfalls eine grosse Anzahl juristischer Schriftsteller, nur dass diese meistens unbewusst römische Rechtsbegriffe in ihre Schriften aufnehmen; so z. B. Gundling, Cocceji, Nettelblatt, Hoepfner, Schlettwein, Feder, Eggers, Fredersdorf u. s. w.

## II.

### Schriftsteller, welche das Recht aus Pflichten ableiten.

1) Der erste, der das Recht auf Pflichten gründete, war Thomasius in Halle im 17. Jahrhundert. Er ging so zu Werke, dass er den Erhaltungstrieb (Selbstliebe, Egoismus) des Hobbes in eine Erhaltungspflicht umwandelte; dann fordert er, eben wie seine Vorgänger, den Staat theils zur Wahrung des Rechtes, theils der allgemeinen Wohlfahrt wegen. Dadurch nun, dass Thomasius eine Selbsterhaltungspflicht an die Spitze des Systems stellte, war der erste Schritt zu einer Construction des Rechtsbegriffes a priori bez. zu einer directen Erkenntniss des Rechtsbegriffes geschehen. Denn, wer das Recht aus einer Pflicht des Individuums gegen sich selbst ableitet, der hat es implicite schon als im sittlichen Wesen des Menschen liegende und mit seinem Dasein unmittelbar gesetzte Befugniss, somit als mit seinem Dasein identisch, erklärt.

2) Eine weitere Entwicklung erhielt die Lehre vom Rechtsbegriff durch Kant.[34]) Dieser gründet das Recht auf die Pflichten des Einen gegen den Andern. Daher stellt Kant den Imperativ auf: „Beschränke den Gebrauch deiner Willensfreiheit so, dass damit der Freiheitsgebrauch der Andern nach gleichem Maasse bestehen könne.“[35])

---

[34]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797.

[35]) Correspondirt das christliche Gebot: „Liebe deinen Nächsten, wie dich selbst.“

Kant hat also gewissermassen den Socialitätstrieb des Hugo Grotius zu einer Pflicht erhoben. Er schafft daher zuerst den Begriff der Regel, Norm, oder des Gesetzes, den objectiven Rechtsbegriff (das Recht im objectiven Sinne) und stellt diesen an die Spitze des Systems, indem er in der Vernunft des Menschen eine Gesetzgebung für sein vernünftiges Handeln — seinen Freiheitsgebrauch — anerkennt. Daher nennt man seine Theorie auch die Gesetzestheorie, weil er aus dem Vernunftgesetz die Pflichten und aus diesen die correspondirenden Befugnisse, das Recht im subjectiven Sinne, ableitet. Da Kant von der Nothwendigkeit einer gleichmässigen Beschränkung des Freiheitsgebrauches für die Socialität ausgeht, so nennt man seine Theorie auch die Beschränkungs- oder Noththeorie.

Diese Theorie fand besonders grossen Beifall bei den Juristen, weil diese gewohnt sind, von dem positiven Gesetz auszugehen und aus diesem die positivrechtlichen Verbindlichkeiten und Befugnisse abzuleiten.[36])

Der Fehler der Kantischen Theorie besteht aber darin, dass er überhaupt den Rechtsbegriff construiren will, und dass er dabei theilweise Freiheit und Willkür verwechselt und übersieht, dass die Freiheit, d. h. das vernünftige Handeln — der vernünftige Freiheitsgebrauch — nie beschränkt werden darf, und somit nur von einer Schranke der Willkür die Rede sein kann.[37])

Nach der Kantischen Theorie wäre also das Recht nicht etwas mit dem Dasein des Menschen als sittliches Wesen unmittelbar Gegebenes, sondern nur etwas aus den Pflichten der Andern Abgeleitetes. Der Kantische Rechtsbegriff ist übrigens nur ein formeller, aber er ist inhaltsleer, d. h. er hat keinen positiven, sondern nur einen negativen Inhalt — nämlich

---

[36]) Kant scheidet scharf Recht und Moral. Das Recht bezieht sich bei ihm nur auf äussere Handlungen, nicht auf die Gesinnung; er fordert nur äussere Legalität. — J. J. Wagner sagt: „Kant hat der Moral die Haut abgezogen und den getrockneten Balg als Naturrecht hingeworfen."

[37]) Kant übersieht, dass Freiheit und Recht (sc. Befugniss) identisch ist.

die Idee der Beschränkung, — was freilich mit dem Wesen des damaligen Polizeistaates und dessen Praxis sehr übereinstimmte.

Indem Kant die Beschränkung nach gleichheitlichem Maasse an die Spitze stellt, macht er zum Princip, was die Consequenz des Rechtes ist; denn wenn Jeder von Haus aus das gleiche Recht hat, so ergibt sich die Vernunftnothwendigkeit der Beschränkung nach gleichheitlichem Maasse von selbst. Im Uebrigen stellt Kant hieran anschliessend ganz richtig als das Kriterium des Rechtes, d. h. der Rechtlichkeit einer Handlung, auf, dass man diese daran erkennen könne, ob die Handlung zum Gesetz des gegenseitigen Handelns erhoben, d. h. als solches gedacht werden könne oder nicht.

An Kant schlossen sich nun die meisten Juristen seit dem Ausgange des vorigen und im Anfange dieses Jahrhunderts an, wie Hufeland, Schmalz, Hofbauer, Friess, von Dresch, Bauer, Krug, Schmelzing, von Rotteck und Gross.

3) Selbst Fichte[38]) construirte den Rechtsbegriff ähnlich wie Kant. Auch er unterscheidet das Rechtsgesetz vom Sittengesetz, sucht aber beides in Harmonie zu bringen, so dass das Sittengesetz dem Rechtsgesetz die höhere Weihe geben soll, d. h. dass das Recht nicht blos auf äusserer Legalität, sondern auf einem sittlichen Fundamente beruhen soll.[39])

## III.

### Systeme, welche das Recht unmittelbar auf die metaphysische Freiheit gründen.

Eine ganz andere Auffassung zeigen die Systeme, welche das Recht unmittelbar auf den Begriff der metaphysischen (sittlichen) Freiheit, d. h. der Vernünftigkeit, gründen.

---

[38]) Grundlinien des Naturrechts, 2 Bände; Jena 1796, 1798.

[39]) Princip der Sittlichkeit nach Fichte: „der nothwendige Gedanke der Intelligenz, dass sie ihre Freiheit nach dem Begriffe der Selbstständigkeit schlechthin ohne Ausnahme bestimmen soll“ (d. h. ohne Statthaftigkeit eines Zwanges).

Dies geschah hauptsächlich durch Hegel.[40])

Die Eigenthümlichkeit dieses Systems besteht darin:

1) dass hier das Recht principiell nicht als Schranke der Freiheit, sondern als das Wesen, der Inhalt, der sittlichen Freiheit, d. h. als die Geltung der sittlichen Freiheit in der Socialität, aufgefasst wird.

2) Das Recht erscheint daher bei Hegel als etwas Positives, d. h. es hat einen wirklichen Inhalt; denn hiernach ist mein Sein, d. h. mein Dasein, als vernünftiges Wesen in der Sinnenwelt[41]) selbst mein Recht.

3) Nach Hegel ist das Recht also principaliter sive primitive Befugniss, und diese Befugniss wird hier nicht aus dem Gesetze abgeleitet, wie bei Kant, sondern sie liegt in der Freiheit (Vernünftigkeit) selbst und ist mit dieser identisch. Sonach folgt bei Hegel das Gesetz selbst erst aus dem Begriffe der Befugniss durch Vermittelung der Erkenntniss der Allgemeinheit der Befugniss.[42])

Bei dieser Construction nähert sich also Hegel einigermassen dem Hobbes und Thomasius, nur dass er nicht den Begriff des Triebes und der Pflicht vorausschickt.[43])

4) Hegel unterscheidet sodann nicht nur die Moral vom Recht, sondern er unterscheidet in dieser selbst wieder die Moral im engern Sinne, worunter er die nichterzwingbare vernünftige Gesinnung und Handlungsweise des Individuums versteht, und die Sittlichkeit, worunter er das Vernünftige versteht, welches in geschlossenen socialen Kreisen zu gelten und durch sie verwirk-

---

[40]) Grundlinien der Philosophie des Rechts; Berlin 1821.

[41]) Kürzer „mein vernünftiges Dasein."

[42]) Wollte man Hegel's Theorie in eine imperative Form einkleiden, so müsste der Imperativ lauten: „Sei, der du bist", d. h. trete auf als vernünftiges Wesen, mache dich geltend als solches; oder negative: „sei kein Thor" etc.

[43]) Auch die Materialisten nehmen Sein (Dasein) und Recht (Egoismus) als identisch, aber sie müssen consequent jedes Dasein, also auch das nicht vernünftige (physikalische), als ein Recht betrachten, wodurch das Recht, wie bei Spinoza mit der Gewalt identificirt wird. (Jedes organische Wesen ist sonach berechtigt zum Kampfe um's Dasein.)

licht zu werden Anspruch hat. Offenbar ist das, was Hegel die Sittlichkeit nennt, dasselbe, was man sonst das Recht der genossenschaftlichen Zustände nennt. Der Grundgedanke hiervon ist, dass überall, wo es geschlossene sociale Kreise gibt, nicht nur das Individuum als solches ein vernünftiges Bewusstsein und Recht hat, sondern dass auch der sociale Kreis selbst ein Gesammtbewusstsein und somit eine rechtliche Stellung, ein Recht über das Individuum selbst hat.[44]) In dieser Erkenntniss liegt ein grosser Fortschritt, indem man früher nur das Recht des Individuums als vernunft- oder naturrechtlich begründet annahm. Uebrigens hat die sprachwidrige Terminologie Hegel's, Moral und Sittlichkeit in verschiedenem Sinne zu nehmen, keinen Beifall oder Eingang gefunden. Hegel selbst gab zu, dass seine Terminologie eine willkürliche und keine glückliche sei, fand aber keinen bessern Ausdruck.[45])

## IV.

### Theologisirende Systeme.

Neben den vorgedachten Richtungen steht eine Schule, welche das Recht aus der Gottes-Erkenntniss ableitet. Sie stimmt der Sache nach mit jenen philosophischen Richtungen überein, welche das Recht unmittelbar mit dem vernünftigen Dasein gesetzt betrachten, wie z. B. Hegel. Sie weicht hiervon nur insofern ab, als Hegel von der Vernünftigkeit des Menschen ausgeht, die theologisirende Schule aber von der Vernünftigkeit Gottes, resp. von dessen Persönlichkeit.

1) Diese Richtung findet sich schon in den Schriften von Leibnitz (geb. 1646, † 1717), besonders in seinen Principiis Philosophiae und in der Vorrede zu seinem Codex Juris Gentiun. Er betrachtet Gott als die ursprüngliche Einheit (*μονάς*) und ein-

---

[44]) Die Sitte wird bei Hegel mit dem Rechte so verbunden, dass er sie als das Gesammtbewusstsein bestimmter socialer Kreise und somit als Quelle der historischen Rechtserzeugung in denselben auffasst.

[45]) An Hegel schliessen sich an: Trendelenburg, Naturrecht auf der Grundlage der Ethik; Leipzig 1860. — C. L. Michelet, Naturrecht oder Rechtsphilosophie, als die praktische Philosophie; enthaltend Rechts-, Sitten- und Gesellschaftslehre; Band I, Berlin 1866.

fache Substanz. Gott hat nun die Welt, bez. alle Wesen, als endliche Monaden erschaffen; die Menschen sind also selbst kleine Götter;[46]) sie sind somit fähig, mit Gott eine Gesellschaft zu bilden, einen Gottesstaat.[47]) Das Naturrecht muss daher in Harmonie stehen mit dem Reiche des Geistes oder der Gnade. Das Recht wurzelt nach Leibnitz nicht allein, wie bei Spinoza, in Gottes Willen und Macht, sondern auch in seinem Verstande und seiner Weisheit. Das Recht reicht soweit als die Vernunft, d. h. alles Vernünftige hat ein Recht zu gelten.

Die Gerechtigkeit erklärt Leibnitz für Philanthropie, Menschenliebe,[48]) gegründet auf die Liebe Gottes.

Das Recht der Natur erklärt er für dreifach, nämlich 1) als Recht der Persönlichkeit oder strenges Recht; 2) als Billigkeit, aequitas, und endlich 3) als Frömmigkeit, pietas, werkthätige Liebe. Diese Eintheilung schliesst sich an die damals in den Juristen-Schulen übliche Eintheilung des Rechtes, resp. der Gerechtigkeit (= rechtlichen Handlungsweise) an, nämlich in justitia commutativa (strenges Recht)[49]), justitia distributiva (austheilende Gerechtigkeit),[50]) und honestas (Sittlichkeit). Diese Eintheilung selbst schloss sich wieder an die bekannten tria praecepta juris im Justinianeischen Rechte an: „honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere“[51]).

2) In der neuern Zeit wurde diese Richtung hauptsächlich durch Stahl vertreten[52]). Er geht aus von dem Begriffe der Providenz, der göttlichen Vorsehung, d. h. von dem persönlichen Gott, der Persönlichkeit Gottes.

---

[46]) Cf. Cicero: „est Deus in nobis.“ — Biblische Vorstellung: Gott schafft ein Bild, „das uns gleich sei.“

[47]) Idee der katholischen Kirche; St. Augustinus: Civitas Dei, ein Reich Gottes auf Erden.

[48]) Leibnitz mischt die Moral ein; ähnlich L. Feuerbach's Duismus; und das christliche Princip der Nächstenliebe.

[49]) D. h. gleichmässige Behandlung Aller, wie sie in commutatione rerum, in Verkehrsgeschäften, erforderlich ist.

[50]) D. h. Austheilung von Belohnungen und Strafen; also verschiedene Behandlung, je nach Verdienst.

[51]) §. 3. Inst. de J. et J. (1, 1).

[52]) Stahl, Rechtsphilosophie, zuerst 1830, dann 1845 folg., 1871.

Das Recht ist nach Stahl eine Forderung Gottes an die gesammte Menschheit, welche also deren Gesammtthat verlangt. Es liegt also in der Menschheit ein geschichtlich entwicklungsfähiges Gesammtbewusstsein, welches sich in der Form des nationalen Gesammtbewusstseins äussert. Dies nennt Stahl das nationale Ethos[53]).

Recht und Moral unterscheiden sich nach Stahl nicht dadurch, ob eine Norm die Beschränkung der Freiheit der Andern als singuli zum Gegenstande hat oder nicht (Kantische Theorie); sondern dadurch, ob sie zur Gestaltung des Gemeinlebens gehört oder nicht.

Stahl betrachtet als den Grundgedanken der Moral (wie Fichte) die Idee der vollendeten Persönlichkeit (Individualität); als den Grundgedanken des Rechtes, resp. die Idee eines vollendeten Ausbaues der socialen Verhältnisse, die Staatsidee, Idee der civitas, oder wie er es auch nennt, die weltöconomische Idee, und somit ist ihm das Recht die Norm und Ordnung des menschlichen Gemeinwesens.

Die Unterschiede von Stahl und Hegel liegen also darin, dass Stahl von der Persönlichkeit Gottes ausgeht, Hegel von der Persönlichkeit des Menschen. Bei Stahl stellt die Gottheit die Forderung an die Menschheit, dass ein Recht gelte; bei Hegel stellt die Menschheit diese Forderung an sich selbst. Daher tritt bei Stahl das Autoritätsprincip und der objective oder Gesetzesbegriff auf religiösem Fundamente an die Spitze des Systems, bei Hegel die Autonomie auf Grundlage der Selbsterkenntniss des vernünftigen Wesens und der subjective Rechtsbegriff, der Befugniss-Begriff.

3) Hierher gehört auch Krause.[54]) In einer kleineren Schrift vom Jahre 1802 hatte Krause das Recht erklärt als das organische Ganze der äusseren Bedingungen des vernunftgemässen Lebens. In seinem System von 1828 erklärte er das Recht

---

[53]) Es ist dies das Nämliche, was Hegel die Sittlichkeit im Gegensatze der Moral des Einzelnen nennt.

[54]) Krause, Abriss des Systems der Philosophie des Rechts; Göttingen 1828.

für das organische Ganze der durch Freiheit aufzustellenden Bedingtheit des einen Lebens Gottes und des Lebens aller endlichen Vernunftwesen, auch der Menschheit. Nach Krause ist das Recht zuerst und ursprünglich etwas Inneres, d. h. ein Verhältniss Gottes zu sich selbst; sodann betrachtet er das Recht auch als etwas Aeusseres, d. h. als ein Wechselverhältniss Gottes und aller Vernunftwesen.

An Krause schliessen sich an: Heinrich Ahrens[55]) und K. D. A. Roeder.[56])

Ausserdem nehmen einen theologisirenden Standpunkt ein: Chalybaeus, und zwar einen katholisch-kirchlichen;[57]) Heinrich Lauer[58]) und Ferdinand Walter.[59])

## V.

### Rechtsvergleichende, empirisch-politische Systeme.

In einigen Schriften tritt eine empirische Richtung hervor, d. h. die Anerkennung, dass sich nur wenige Rechtssätze als absolut gültige und bez. geltende nachweisen lassen, sondern dass das Recht vielfach durch die Individualität der Völker, durch die Verschiedenheit des Nationalcharakters, der Civilisation, der national-öconomischen und politischen Verhältnisse bedingt ist. Dahin gehören z. B. Welcker,[60]) Warnkönig,[61]) Schilling,[62])

[55]) H. Ahrens, Naturrecht, 1846, 6. Aufl. Wien 1870; auch französisch, Berlin 1868.

[56]) K. D. A. Roeder, Grundzüge des natürlichen Rechts, 1846; 2. Aufl. 1864.

[57]) Chalybäus, System der speculativen Ethik oder Philosophie der Familie, des Staates und der religiösen Sitte; Leipzig 1850.

[58]) H. Lauer, Philosophie des Rechts; Mainz 1846.

[59]) F. Walter, Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart; Bonn 1862; 2. Aufl. 1871.

[60]) Welcker, Die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe, philosophisch und nach den Rechten der anerkennungswürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt; Giessen 1813.

[61]) L. A. Warnkönig, Die Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts. Freiburg 1839; und Philosophia juris, editio altera; Tübingen 1855.

[62]) F. A. Schilling, Lehrbuch des Naturrechts oder der philosoph. Rechtswissenschaft mit vergleichender Rücksicht auf positive Rechtsbestimmungen; 2. Abth. Leipzig 1859, 1863.

Vollgraff,[63]) de Glinka,[64]) Helfferich,[65]) Arnold,[66]) und Andere.

Ueber Literaturgeschichte sind zu vergleichen: Henrici, Mittler,[67]) Grossbach,[68]) Hinrichs,[69]) Rossbach,[70]) Lintz,[71]) Fichte,[72]) Vorländer,[73]) Geyer;[74]) Abrisse finden sich auch bei Stahl[75]) Warnkönig,[76]) Pölitz.[77])

Literatur für Rechtsvergleichung: Welcker,[78]) Tönsen,[79]) K. D. A. Roeder,[80]) Ihering,[81]) Arnold,[82]) v. Tornaw,[83]) Jolly[84]).

---

[63]) Vollgraff, Erster Versuch einer wissenschaftlichen Begründung, sowohl der allgem. Ethnologie, wie auch der Staats- und Rechtsphilosophie durch die Ethnologie oder Nationalität der Völker. 3 Bände, Marburg 1853—1856.

[64]) Dimitry de Glinka, la philosophie du droit ou explication des rapports sociaux. Paris 1842; 3. édit. Paris 1863.

[65]) Helfferich, Die Kategorien des Rechts auf geschichtl. Grundlage; Berlin 1863. — [66]) W. Arnold, Cultur- und Rechtsleben; Berlin 1865.

[67]) Th. Mittler, diss. de conditione jurisprudentiae naturalis saeculi XVI. XVII. XVIII. observationes aliquot; Heidelberg 1829.

[68]) E. F. Grossbach, jus naturale qualiter sit excultum, Diss. Würzburg 1829.

[69]) Hinrichs, Gesch. der Rechts- und Staatsprincipien seit der Reformation bis auf die Gegenwart, 3 Bände; Leipzig 1839, 1850, 1852.

[70]) Rossbach, Die Perioden der Rechtsphilosophie; Regensburg 1842.

[71]) Lintz, Entwurf einer Gesch. der Rechtsphilosophie; Danzig 1846.

[72]) Imman. Herm. Fichte, Die philosoph. Lehren von Recht, Staat und Sitte, von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart; Bd. I. Leipzig 1850.

[73]) F. Vorländer, Gesch. der philosoph. Moral, Rechts- und Staatslehre der Engländer und Franzosen; Marburg 1855.

[74]) A. Geyer, System der Rechtsphilosophie im Grundrisse; Innsbruck 1863. — [75]) S. oben Note 52. — [76]) S. oben Note 61.

[77]) Pölitz, Staatswissenschaften im Licht unserer Zeit; Leipzig 1827/28.

[78]) S. oben Note 60.

[79]) Tönsen, Grundsätze eines allgem. positiven Privatrechts; Kiel 1828.

[80]) K. D. A. Roeder, Grundgedanken und Bedeutung des röm. und german. Rechts; Leipzig 1855.

[81]) Ihering, Geist des röm. Rechts. 3. Aufl. Leipzig 1871 flg.

[82]) S. oben Note 66.

[83]) N. v. Tornaw, Das moslemische Recht nach den Quellen dargestellt; Leipzig 1855.

[84]) Jul. Jolly, Naradiya dharmasástra or the Institutes of Narada. Translated for the first time from the unpublished Sanskrit Original; London 1876.

## VI.

**Anhang. Socialistische und communistische Doctrinen.**

Bei den Franzosen, soweit sie nicht den vorgedachten Richtungen folgen, tritt in der neuern Zeit im Allgemeinen eine mehr praktische Tendenz bei der Behandlung des Naturrechts hervor.

Speculative Untersuchungen über das Wesen des Rechtsbegriffes werden in der Regel hierbei übergangen. Vielmehr beginnt man unmittelbar mit der Berufung darauf, dass der Mensch ein Recht habe; sodann wird das Recht ohne Weiteres als Freiheit und Gleichheit der Individuen erklärt und somit handelt es sich bei den neueren Franzosen[85]) nur darum, die Freiheit und Gleichheit praktisch zu machen, d. h. alle politischen und socialen Verhältnisse von Grund aus zu reformiren, weil jetzt Ungleichheit[86]) und somit Ungerechtigkeit herrsche.[87])

I. Morelli. Schon im vorigen Jahrhundert stellte Morelli[88]) den Satz auf, dass alles Unglück in der Welt vom Privateigenthum komme. Er will immer 1000 Menschen zu einer Gemeinde (cité) vereinigt haben, die gemeinsam wohnen, arbeiten und die Producte nach Bedürfniss theilen;[89]) die Arbeit theilt sich nach den Fähigkeiten und Kräften, bei der Gewinntheilung wird aber kein Unterschied gemacht. Das Ganze soll ein Souverain regieren, der sodann eine Quantität Arbeit Jedem gleichsam als eine Schuld vorschreibt, die er abarbeiten muss; auch muss Jeder heirathen.[90]) Wer den Gesetzen nicht gehorcht, wird eingesperrt, nach Umständen lebenslänglich.

---

[85]) Die Franzosen werden unmittelbar praktisch, wie es die alten Griechen waren.

[86]) Die Ungleichheit lässt sich eben nicht heben, da sie im Wesen der Individualität wurzelt, sowohl körperlich, wie geistig.

[87]) Die Neugriechen dulden keinen Adel; sie beanstandeten daher 1868 dem Kronprinzen den Titel als Herzog von Sparta.

[88]) Morelli, Code de la nature. 1755.

[89]) Dies war zum Theil so in den Klöstern; so wird aber die Gesellschaft in eine Anzahl Arbeitshäuser verwandelt, casernirt! — Es ist da immer nur vom Fabrikarbeiter die Rede!

[90]) Jüdische Theorie, Pflicht möglichster Vermehrung.

II. Saint-Simon. Gegen die Mitte dieses Jahrhunderts wurden die Ideen von Saint-Simon aufgegriffen und nach und nach in einer Reihe von Schriften, aber nicht systematisch, entwickelt. Saint-Simon läugnete nicht absolut das Eigenthum, glaubte aber, dass der Eigenthumsbegriff nach Zeit und Umständen modificirt werden müsse. Bisher aber erheben diejenigen, welche nicht arbeiten, Geld, resp. Interessen, von den Armen, so dass die Armen die Reichen ernähren müssen, der Capitalist die Armen ausbeutet und diese sich grossmüthig gegen die Reichen bezeigen.

Saint-Simon will nun die Gleichheit auf Arbeit gründen. Es soll keine verschiedenen Stände und Privilegien mehr geben. Alle Menschen sollen sich als Brüder vertragen[91]). Saint-Simon will auch die Ehe abgeschafft haben; er erklärt sie für Immoralität! Dieser Versuch scheiterte aber an der weiblichen Natur[92]).

III. Bazard. Die Theorie von Saint-Simon wurde dann weiter entwickelt von Bazard.[93]) Er fordert Abschaffung des Geburtsrechts (Erbrechts) und will dafür ein Capacitätsrecht[94]). Das Eigenthum in jetziger Form soll abgeschafft und statt dessen das Vermögen nur ein Object der Nutzniessung werden.

Zur Durchführung dieser Theorie ist vor Allem das Erbrecht aufzuheben[95]). Nicht die einzelne Familie, sondern der Staat soll erben,[96]) weil alle Menschen eigentlich nur eine Familie sind.

Die Arbeiter sollen nach Fähigkeiten belohnt (besoldet) werden, so dass es noch eine Art Eigenthum — Renten — gibt,

---

[91]) Devise der französischen Republiken: liberté, fraternité égalité.

[92]) Die Frauen wollen bleibend mit einem Manne verbunden, verheirathet sein. Eher vertragen sie die Polygamie (Mormonen). Auch bei Jesaias sagen sieben Weiber zu einem Manne in der Zeit der Noth: „wir wollen Dein sein und uns selbst ernähren."

[93]) Bazard, exposition de la théorie de Saint-Simon.

[94]) Als wenn Capacitätsrecht nicht auch ein Geburtsrecht — Angeborenes — wäre. So lässt Tégner den Priester zu Frithiof sagen: „was kannst du dafür, dass du so tüchtig bist."

[95]) Wer wird noch arbeiten und sparen wollen, wenn er seinen Kindern nichts hinterlassen darf?

[96]) Der Staat erbt jetzt schon in der Form der Erbschaftssteuer und der erblosen Güter.

so lange man lebt; also lässt er eine Ungleichheit zu, welche durch Talent bedingt ist (Ungleichheit der Individualität). Der Titel des Eigenthums (der Renten) soll also jetzt die Arbeit (Leistung) werden, während bisher die Gewalt (occupatio) den Titel gebildet habe [97]).

IV. Fourrier. Dieser geht schon weiter [98]). Nach ihm soll der Mensch Alles thun (arbeiten), wozu er Lust (Vergnügen, Trieb) hat. Die Grundlage des Systems ist sinnlicher Materialismus. Fourrier geht davon aus, das wahre Glück bestehe im Genuss von Reichthum und Vergnügen (Epikuraeismus; sog. menschenwürdiges Dasein). Fourrier gibt dem Menschen sieben natürliche Rechte: Jagd, Fischerei, Abbrechung der Früchte, Weide, [99]) Verbindung zu Gesellschaften, Sorglosigkeit und Raub nach Aussen [100]). Ueberhaupt habe der Mensch das Recht zu thun und zu nehmen, was er will. [101]) Es gibt daher für den Menschen (in Bezug auf Sachen) kein Unrecht.

Fourrier will, dass der Mensch in der socialen Organisation obige Rechte behalte, [102]) oder Aequivalente dafür erhalte. [103]) Das Aequivalent ist ihm das Recht auf Arbeit, und daher ist die Gesellschaft schuldig, jedem Individuum Arbeit zu gewähren. Aus dem Gewinne (der also hier als unzweifelhaft unterstellt wird) soll jeder soviel erhalten, als er zur Existenz braucht.

Der Gewinn soll nach drei Rücksichten vertheilt werden, nach Capital, Arbeit und Talent.

Den hierauf gegründeten gesellschaftlichen Zustand nennt

---

[97]) Bazard meint also, die occupatio, z. B. Jagd, sei nicht auch eine Arbeit; und ist denn nicht auch occupatio eine Arbeit?

[98]) Fourrier, Le nouveau monde industriel, 1829.

[99]) Da muss er doch zuvor Vieh als Eigenthum haben.

[100]) Dies Letztere sagte auch Aristoteles. Jetzt heisst es Kriegsbeute.

[101]) Aehnlich Hobbes. — Missverstandener Satz Hegel's: „Der Wille an sich ist recht," d. h. dass der Mensch will, ist immer Recht; nicht aber Alles, was er will.

[102]) Auch Spinoza will, dass das jus naturale im Staate bleibe, aber es hat bei ihm einen andern Inhalt.

[103]) So fasste schon Hobbes die vita tranquilla, securitas, als Aequivalent des jus naturale im Staate auf.

Fourrier Harmonismus im Gegensatze zur gegenwärtigen Civilisation, die ihm nur ein Uebergang zum Harmonismus ist.

Nach Fourrier sollen 1800 Menschen von jedem Alter, Geschlecht und Vermögen in eine Phalange vereinigt werden, gemeinsame Wohnung erhalten, in sog. Phalanstère, und gemeinsame Industrie haben. Jede Phalange zerfällt in passionelle Serien, d. h. Abtheilungen zur Betreibung eines Geschäftes, welche sich nach den Neigungen der Einzelnen bilden. Auf jede französische Quadratmeile soll eine Phalange kommen und dies System über die ganze Erde ausgebreitet werden.[104])

Ueber jeder Phalange soll ein Unarch (Monarch) stehen und so fort in dreizehn Gradationen endlich ein Omniarch.

Aller Grundbesitz und alle Gegenstände, Capitalien etc. gehören als Eigenthum den Phalangen. Jeder muss ein Minimum von Kleidung, Nahrung und Wohnung erhalten; aber mit Rücksicht auf Capital, Arbeit und Talent werden drei Classen gebildet mit Unterschied in Kleidung, Nahrung und Wohnung.[105])

V. Cabet. Nach Cabet[106]) muss die wahre Gesellschaft auf voller Gleichheit (Brüderlichkeit) beruhen. Die Gleichheit soll aber nicht Gleichheit des Elends sein; daher soll die Production vermehrt werden.

An die Stelle des Eigenthums tritt allgemeine Gütergemeinschaft, Communismus, neben Socialismus. Gesammt-Eigenthümer ist der Staat. Dieser muss alle Familien auf völlig gleiche Weise ernähren, kleiden, logiren. Das Geld soll nicht mehr als Tauschmittel gebraucht werden. Die Metalle über-

[104]) Wir haben jetzt schon durchschnittlich 4—6000 Menschen auf der Quadratmeile, auch oft viel mehr, z. B. wo grosse Städte sind, oder wo fruchtbares Land ist. Dagegen ist nicht jede Quadratmeile culturfähig und kann oft keine 1800 Menschen vertragen.

[105]) Richtig ist nur, dass Associationen von Arbeitern, besonders wenn sie genügend Capital zusammenbringen, gut geleitet werden und guten Absatz für ihre Producte finden, im Einzelnen gute Resultate für die Theilnehmer haben können. Hierauf beruht zum Theil das neue Rechtsinstitut der sog. Erwerbsgenossenschaften.

[106]) Cabet veranstaltete im Jahre 1848 eine Expedition zur Gründung einer Colonie in Texas, in ein angebliches Land Ikarien. Die Theilnehmer wurden aber gänzlich geprellt.

haupt sollen nur zur Verarbeitung dienen. Alle Mitglieder vom 21. Jahre an bilden die gesetzgebende Versammlung. Die Majorität bestimmt die Arbeiten, Mahlzeiten, Vergnügungen; entscheidet überhaupt Alles. Keiner kann sich dem Gesetze entziehen. Somit ist Alles auf den Despotismus der Majorität gegründet. Es gibt demnach keine individuelle Freiheit.

VI. Proudhon[107]) geht davon aus, dass man im Eigenthum zwei Verhältnisse unterscheiden müsse: 1) das blosse Eigenthumsrecht und 2) den Eigenthumsbesitz.

Das Eigenthumsrecht legt er jedem Menschen bei; es bestehe aber nur darin, dass Jeder ein gleiches Recht mit allen Andern auf jeden Besitz habe. Daher nennt er es jus ad rem. Dies ist aber im Wesen nur eine ganz falsche Terminologie von dem, was man sonst die Eigenthumsfähigkeit nennt.

Den Eigenthumsbesitz definirt sodann Proudhon als eine Innehabung, kraft deren sich der Besitzer das Recht beilegt, eine Sache ausschliesslich zu haben und von Jedem zurückzufordern (vindicare). Dies nennt er jus in re; es ist das, was man sonst Eigenthumsrecht, dominium, heisst.

Proudhon findet nun, das dieser „Eigenthumsbesitz“ im Widerspruch stehe mit dem von ihm sog. Eigenthumsrecht oder jus ad rem, d. h. mit der Erwerbsfähigkeit; weil — wenn er eine Sache als Eigenthümer (ausschliesslich) besitzen dürfte, — die Andern kein jus ad rem an dieser Sache mehr haben könnten.[108])

Da nun aber Proudhon doch das von ihm sog. Eigenthumsrecht, jus ad rem, oder die Eigenthumsfähigkeit anerkennt und realisiren will, muss er sich freilich in unauflösliche Widersprüche verwickeln.

Proudhon geht nun davon aus, dass aller Eigenthumsbesitz Ungleichheit sei. Weil aber alle Menschen gleiche Berechtigung haben, so ist jeder Eigenthumsbesitz ein Unrecht gegen die Nichtbesitzer daher: „la propriété c'est le vol.“

[107]) Proudhon, Qu'est-ce que la propriété? 1840. — In ihm erreichte die socialistische Doctrin ihren Höhepunkt.

[108]) Dies ist logisch falsch; ich bleibe immer befähigt zu haben, was ein Anderer hat. Die Eigenthumsfähigkeit des Einen wird nicht dadurch alterirt, dass ein Anderer etwas hat.

Proudhon läugnet sodann gegen die gemeine Lehre, dass die occupatio rei nullius ein Eigenthum geben könne, weil sie von Haus aus widerrechtlich sei. Ebenso läugnet er gegen seine Vorgänger, dass die Arbeit ein Eigenthum geben könne, weil im Grunde das Product der Arbeit doch nur durch die Gesellschaft seinen Werth erhält, und sowie es da ist, sogleich selbst der Gesellschaft gehört.[109])

Proudhon will wie Cabet, dass jeder Arbeiter gleichmässig besoldet werde,[110]) ohne Rücksicht auf Fähigkeit, Capital und Talent. Er betrachtet zwar die Ungleichheit der Fähigkeiten als die Bedingung der Gesellschaft; aber er erklärt, dass jede Fähigkeit für die Gesellschaft (Gesammtheit) gleich nothwendig sei, und eben darum hätten alle Fähigkeiten und Arbeiten für die Gesellschaft gleichen Werth.[111]) Ueberdies sei jedes Talent nur als ein Gesammtproduct der Entwicklung der Gesellschaft zu betrachten. Daher soll also auch dem grössten Genie nichts gebühren, als der Ersatz seiner Auslagen und Vergütung für den Zeitaufwand.[112]) Auch soll das nicht Eigenthum werden, was Einer für sein Product bekommt, sondern nur Mittel und Vorschuss zu neuer Arbeit.

Proudhon will übrigens auf der andern Seite auch keine Gütergemeinschaft. Er erklärt das Eigenthum für eine Ausbeutung der Schwachen durch den Starken: die Gütergemeinschaft dagegen für die Ausbeutung des Starken durch die Schwachen.

Proudhon spricht geradezu aus, dass er überall in der Welt nichts als Widersprüche erkenne.

Sein Vereinigungsversuch der Widersprüche gründet sich darauf, dass er als den Zweck der Gütergemeinschaft Gleichheit

---

[109]) Die Arbeit — Production — ist selbst eigentlich nur eine Form der occupatio; so z. B. die specificatio.

[110]) Man erzählte scherzhaft, sein Setzer habe von ihm das gleiche Honorar begehrt, wie er (Proudhon) als Autor empfing.

[111]) Dies ist unrichtig. Qualität und Quantität der Leistung begründen auch für die Gesellschaft Werthverschiedenheiten.

[112]) Woher soll aber nach Proudhon's System das Genie seine Auslagen hernehmen, da Keiner Eigenthum hat? und wie kann hierbei der Zeitaufwand Bedeutung haben, da es keinen Eigenthumserwerb gibt?

und Gesetz, als Zweck des Eigenthums Unabhängigkeit und Proportionalität annimmt,[113]) und nun will er diese vier Zwecke vereinigen.

Die Gesellschaft soll daher folgendermassen auf diese vier Zwecke gebaut werden:

1) Die Gleichheit soll nur bestehen in der Gleichheit der Mittel zur Arbeit, der Verhältnisse überhaupt,[114]) nicht in Gleichheit des Wohllebens, sondern dies soll der Erfolg der Thätigkeit des Arbeiters nach ihren Graden sein.[115])

2) Das Gesetz soll nur aus der Wissenschaft hervorgehen; es soll sich nur auf innere Nothwendigkeit stützen und daher niemals die Unabhängigkeit stören. Es soll daher auch keine äussere gesetzgebende Gewalt geben; Jeder soll nur durch seine Ueberzeugung verpflichtet werden.[116]) Damit eine Wahrheit, die Jemand behauptet, Gesetz werde, muss sie allgemein anerkannt sein. Ein Gesetz anerkennen ist ihm nichts Anderes, als eine wissenschaftliche Ueberzeugung annehmen.

Entsprechend dieser Auffassung des Gesetzes nennt Proudhon die auf solcher Grundlage organisirte oder vielmehr desorganisirte Gesellschaft „Freiheit". Diese Gesellschaft bezeichnet er geradezu als einen Zustand der Anarchie, in der Bedeutung von Herrschaftslosigkeit.[117])

3) Die gegenseitige Unabhängigkeit der Individuen beruht nach Proudhon lediglich auf der Verschiedenheit der Talente und Fähigkeiten, soll aber auch nicht weiter gehen, als sie in der Individualität gegründet ist, d. h. nicht auf den Besitz der Sachen ausgedehnt werden.

---

[113]) Aber in jedem Eigenthum ist Verschiedenheit sc. Disproportionalität, und gerade wegen dieser bekämpft man das Eigenthum.

[114]) Etwa also gleiche Bildung für Alle. Diese jetzt so häufig gehörte Forderung ist unverständig und nicht erfüllbar, weil es keine gleiche Bildungsfähigkeit gibt.

[115]) Aber doch will er gleiche Besoldung aller Arbeiter; s. o.. N. 110.

[116]) Hier verwechselt Proudhon Princip und Gesetz und stellt den Staat zu den Staatsangehörigen so, wie die Kirche zu ihren Gläubigen steht.

[117]) Da wäre man gerade wieder in den Naturstand des Hobbes zurückgetreten.

4) Die Proportionalität will Proudhon nur zulassen in der Sphäre der Intelligenz und der Empfindung, nicht aber in jener der physischen Dinge.[118])

Sonach hat Proudhon den Widerspruch der Idee des Eigenthums und der Gütergemeinschaft nicht gehoben, sondern die von ihm für Grundlagen der Idee des Eigenthums ausgegebenen zwei Ideen aus der Sphäre der Sachen in das Bereich der Persönlichkeit oder Individualität verwiesen. In Hinsicht dieser hat noch Niemand die Ungleichheit (sc. von Talent, Empfindung, Intelligenz u. s. w.) bestritten. Proudhon hat somit das Eigenthum geläugnet, ohne etwas Anderes als Anarchie an die Stelle setzen zu können.

Auf der Grundlage von Proudhon stand sodann in Deutschland Lassalle.[119]) Lassalle und Schulze-Delitzsch wollen den Arbeiter zum Kapitalisten machen, Ersterer durch Staatshülfe, Letzterer durch Selbsthülfe der Arbeiter; daher Consumvereine, Arbeiter-Associationen, Betheiligung der Arbeiter am Gewinne etc.

Die Irrthümer von Lassalle und Schulze-Delitzsch zeigt am besten: Schäffle.[120])

Die Doctrinen der vorgedachten französischen Socialisten und Communisten reproducirte in neuerer Zeit wieder K. Boruttau[121]); vergl. auch F. Kiraly[122]) u. A.

---

[118]) In Bezug auf Intelligenz und Empfindung besteht auch von Natur aus stets die grösste Verschiedenheit; gerade darin besteht das Wesen, der Charakter der Individualität. Da handelt es sich nicht um ein Zulassen oder nicht. Hier ist das Wort Proportionalität ganz unpassend statt „Verschiedenheit“ gebraucht.

[119]) F. Lassalle: Herr Bastiat-Schulze von Delitzsch, der öconomische Julian oder Capital und Arbeit. 1864.

[120]) Schäffle, Bourgeois- und Arbeiter-Nationalöconomie, in der „deutschen Vierteljahrschrift“, 1864.

[121]) K. Boruttau, Gedanken über Gewissensfreiheit. Königsberg und Berlin 1868.

[122]) F. Kiraly, Betrachtungen über Socialismus und Communismus in ihrem Verhältniss zu den Grundlagen des Rechts, zur politischen Oeconomie, zur socialen Praxis und Politik. Leipzig 1869.

# 1. Hauptstück.

# Vom Rechte im Allgemeinen.

## I. Abschnitt.

## Idee und Begriff des Rechtes.

### §. 5.

### Die Idee des Rechtes.

Die Idee des Rechtes — die Rechts-Idee — oder der mit dem Worte Recht sich verbindende vernünftige Gedanke ist die Vorstellung von der praktischen Geltung (oder dem Dasein) der sittlichen Freiheit im menschlichen Socialverhältnisse, oder — in anderer Ausdrucksweise — die Vorstellung von der Herrschaft der Vernunft (des allgemeinen vernünftigen Willens) im menschlichen Socialverhältnisse. [1])

Die sittliche Freiheit (Vernunft) ist nämlich nicht blos eine Potenz, d. h. nicht blos ein Vermögen, welches ein Dasein bewirken kann, sondern sie ist selbst ein Dasein — etwas Wirkliches —, ein Positives im philosophischen Sinne.

Hiernach ergibt sich, dass die sittliche Freiheit (die Vernunft) als Zustand, d. h. als in der Socialität Geltendes gedacht, und das Recht in der Idee vollkommen identisch sind, und dass also die Wirklichkeit der sittlichen Freiheit der Inhalt des Rechtes selbst ist.

---

[1]) Hegel, Grundlinien, §. 29. — Die Materialisten müssen die Idee des Rechts darin setzen, dass das Verständige, Klugheit, Zweckmässigkeit in der menschlichen Gesellschaft gelte.

Hiernach ergibt sich:

1) Dass der Begriff des Rechtes kein willkürlich gemachter oder aus Politik erfundener Begriff sein kann,[2]) sondern dass er dieselbe Realität, wie der Begriff der sittlichen Freiheit selbst hat. Es handelt sich also nicht blos um etwas, das sein soll, sondern das ist.

2) Der Rechtsbegriff entwickelt sich daher in der Geschichte auch nur gleichmässig mit dem Freiheitsbegriffe und ist bei den einzelnen Völkern weiter oder enger, je nachdem es ihr Freiheitsbegriff ist.

3) Wo der Freiheitsbegriff fehlt oder negirt ist, fällt auch der Rechtsbegriff hinweg; so z. B. fehlt er bei allen Naturgegenständen, Thieren, Sclaven.

4) Es ergibt sich auch hieraus, dass der Rechtsbegriff nicht eine Schranke der Freiheit ist, sondern der Ausdruck ihrer vollen Geltung, dass also nur von Beschränkung der Willkür die Rede sein kann, und dass diese nur als Consequenz und nicht als Princip (Grundgedanke) des Rechtes aufzufassen ist.

## §. 6.

## Primitiver Begriff des Rechtes. Das Recht im subjectiven Sinne oder als Zwangsbefugniss.

In allen Sprachen wird das Wort Recht in einer zweifachen Bedeutung gebraucht: 1) als Befugniss; 2) als Norm oder Regel. Es fragt sich daher, wie sich diese beiden Begriffe zu einander verhalten, welcher dem andern im Bewusstsein vorangeht, also der primitive, und welcher der abgeleitete ist.

Alle Erkenntniss geht aus vom Selbstbewusstsein: cogito ergo sum! Sowie die sittliche Freiheit — die Vernünftigkeit — als das Wesen des Menschen, also als eine von der Individualität untrennbare — immanente — Qualität erkannt ist, so ist mein vernünftiges Dasein in der Sinnenwelt implicite als mein Recht erkannt. Mein Recht ist also mein vernünftiges Dasein in der Sinnenwelt, inbesondere in der Socialität.

---

[2]) Dies nehmen die Materialisten an.

Das Recht als immanente Qualität eines Subjectes aufgefasst, wird als Recht im subjectiven Sinne bezeichnet. Es ist dies nichts Anderes als ein Ausdruck für die vernünftige Zulässigkeit (das Dürfen oder Erlaubtsein, die Freiheit), d. h. die Befugniss der Existenz, nämlich die Befugniss der fortwährenden Geltendmachung als sittlich freies (vernünftiges) Wesen in der Sinnenwelt.

Dieses Dürfen oder diese Befugniss des vernünftigen Daseins oder das Recht im subjectiven Sinne ist ein absolutes Dürfen, d. h. es hat seinen Grund (seine Rechtfertigung) in sich selbst,[1]) — in der Vernünftigkeit oder der sittlichen Freiheit des Individuums — und ist mit deren Dasein gerechtfertigt.

Erfasst man nun die Thatsache des menschlichen Daseins als eine sittliche, durch ihre Vernünftigkeit gerechtfertigte Nothwendigkeit, so hat man sie zugleich als ein Sollen aufgefasst, und somit kann die Anschauung von der absoluten Rechtfertigung des Dürfens oder der Befugniss durch die Thatsache der sittlichen Freiheit auch so ausgedrückt werden, dass der Grund meines Dürfens in meinem eigenen (vernünftigen) Sollen liege[2]).

Es ist aber dieses Sollen ebenso wie mein Dürfen mit meinem Sein, und folglich auch mein Sollen und Dürfen im Wesen identisch,[3]) d. h. mein vernünftiges Dasein, mein Recht und meine Pflicht des vernünftigen Daseins sind nicht im Wesen, sondern nur in der Vorstellung verschieden.[4])

Man kann dies auch in der Form eines Imperativs ausdrücken: „Sei, der Du bist,“ oder: „Sei eine Person“, d. h. mache Dich als solche geltend.[5])

Die Form, in welcher in der Sinnenwelt eine Befugniss (ein sittliches Dürfen) ausgeübt werden kann, ist nur die äussere Handlung und diese ist als Aeusserung eines Willens in der

---

[1]) Sum, quia sum.

[2]) Dies wird populär die Pflicht gegen sich selbst genannt: Thomasius.

[3]) Populär: weil ich ein vernünftiges Wesen bin, darf ich es sein und soll ich es sein.

[4]) Arnold Kitz, Sein und Sollen, Frankf. 1864.

[5]) Hegel, Grundlinien, §. 36.

Sinnenwelt nothwendig Kraftäusserung, d. h. Zwang im weitesten Sinne.

Daher ist das Recht im subjectiven Sinne eine durch ihre Vernünftigkeit gerechtfertigte Zulässigkeit des Zwanges oder Zwangsbefugniss (facultas moralis cogendi). Ebendaher ist aber der Ausdruck „Zwangsrecht" logisch unrichtig, resp. eine Tautologie; denn jedes Recht ist eine erzwingbare Befugniss.[6])

Alles zusammengenommen ist also das Recht formal — in abstracto — die Befugniss, sich als ein vernünftiges Wesen durch äussern Zwang (in der Socialität) zu behaupten.

Der subjective Rechtsbegriff, d. h. die Auffassung des Rechtsbegriffes als Befugniss oder Freiheit, etwas zu thun, tritt besonders im älteren deutschen Rechte hervor. Er zeigt sich als naturwüchsig in der ausgezeichneten Bedeutung der Individualität im deutschen Rechte, dem fast maasslosen Freiheitsbegriffe des Individuums,[7]) in dem landständischen Axiom: „wo wir nicht mit rathen, wir auch nicht mit thaten." Hierauf beruhen auch die Ausartungen des deutschen Rechtsbegriffes, das Unwesen der Privilegien. Daher ist auch im deutschen Rechte und Sprachgebrauche Freiheit oft synonym für Recht, besonders für Privilegien, z. B. städtische, akademische Freiheit.

## §. 7.

### Secundärer Begriff des Rechtes. Das Recht im objectiven Sinne oder als Gesetz.

Sowie die Erkenntniss hinzutritt, dass das Recht immanente Qualität aller menschlichen Individuen ist, so ist das Recht auch anerkannt als allgemeine Befugniss, allgemeines Dürfen und ebendarum allgemeine Regel, Norm oder Gesetz ihrer Coexistenz in Zeit und Raum, Socialgesetz, Rechtsgesetz, und somit

[6]) Der Ausdruck Zwangsrecht beruht darauf, dass man sprachwidrig auch mitunter blos moralische Ansprüche als Recht bezeichnet, z. B. das Recht auf Dankbarkeit; dann konnte man freilich dahin kommen, die eigentlichen Rechte oder erzwingbaren Befugnisse Zwangsrechte zu nennen.

[7]) „Jeder Herr ist Kaiser auf seinem Miste." — Immunität des Hauses, Asylrecht.

gleichheitliche Regel für den vernünftigen Gebrauch der Zwangsbefugnisse (des subjectiven Rechtes)[1]).

Insofern nun das Recht als allgemeine Befugniss oder Gesetz (Norm) gewusst wird (zum Bewusstsein kommt), ist es Gegenstand der menschlichen Erkenntniss oder Recht im objectiven Sinne. Ein Gesetz ist nämlich nichts Anderes als ein Ausdruck für die Erkenntniss, dass etwas ein Allgemeines oder Nothwendiges für gewisse Personen oder Sachen oder Verhältnisse ist.

Danach kann man unterscheiden Naturgesetze, Vernunftgesetze, logische Gesetze (Gesetze der Logik), Sittengesetze, Rechtsgesetze, politische Gesetze u. s. w.[2])

Alles Recht im objectiven Sinne oder das Recht als Gesetz unter Menschen ist somit bedingt durch Socialität, Genossenschaftlichkeit, d. h. Gleichheit des sittlichen (vernünftigen) Wesens, Theilnahme an dem vernünftigen Wesen der menschlichen Gattung, und ist daher auch nichts Anderes als der Ausdruck dieser Gleichheit der Befugnisse. Da nun alles Recht Freiheit ist (§ 5. 6.), so sind auch Freiheit und Gleichheit im Wesen identisch.[3])

Etwas Anderes als die Socialität ist die blosse Coexistenz.[4])

Die Begriffe von subjectivem und objectivem Recht sind übrigens weder im Wesen, noch in der Zeitfolge, sondern ebenso wie die Begriffe von Sein, Dürfen und Sollen (§. 6) nur in der Vorstellung geschieden. Somit ist der Begriff des Gesetzes schon gedacht, sowie eine Befugniss als allgemeine anerkannt wird.

---

[1]) Der Begriff eines Gesetzes entsteht nämlich dadurch, dass sich mit einer Erkenntniss das Bewusstsein (die weitere Erkenntniss) ihrer allgemeinen Gültigkeit für gewisse intellectuelle, moralische oder physische Verhältnisse verbindet.

[2]) Aehnlich sagt Thibaut, System des Pand. Rechts, noch in der 7. Aufl.: „Alles, was eine Nothwendigkeit mit sich bringt, ist ein Gesetz;“ und dann unterscheidet er Natur- und Vernunftgesetze. In der achten Auflage hat er diese allgemeine Begriffsbestimmung weggelassen und beginnt gleich mit den Rechtsgesetzen.

[3]) Cf. L. 31. Dig. de R. J. (50, 17): „Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt“.

[4]) D. h. einfaches Nebeneinanderbestehen ohne Gleichheit des vernünftigen Wesens.

Da der Begriff des Rechtes im objectiven Sinne, oder das Rechtsgesetz, durch die Allgemeinheit der Befugniss in praktischer Beziehung bedingt ist, so erhellt von selbst:

1) Dass vom Recht im objectiven Sinne, d. h. als Regel, Norm oder Gesetz des Handelns, nur unter Menschen als Wesen derselben vernünftigen Gattung, d. h. nur in der menschlichen Socialität, die Rede sein kann.

2) Umgekehrt fällt also der objective Rechtsbegriff hinweg, wo der Mensch allein im Verhältniss zum Vernunftlosen, Unfreien, Unbewussten, Willenlosen, d. h. im Verhältnisse zur Natur, zu physischen Gegenständen, den Thieren u. s. w. in Betracht kommt. Dies würde auch der Fall sein, wenn ein Mensch sich in einem von aller menschlichen Gesellschaft isolirten Zustande befinden sollte.

3) Ebenso fällt der objective Rechtsbegriff hinweg, wenn der Mensch nur im Verhältniss zu sich selbst in Betracht kommt, z. B. bei Selbsttödtung, Selbstverstümmelung.

In allen diesen Beziehungen bleibt jedoch aber auch nur das Recht im subjectiven Sinne bestehen, und zwar ist es hier unbeschränkte Befugniss; eben darum, weil durch den Mangel der Socialität (Mangel von Beziehung zu andern Wesen derselben vernünftigen Gattung) die Auffassung der Befugniss als einer allgemeinen, gleichheitlichen, somit als Regel für die Socialität undenkbar ist. Daher legt sich z. B. der Mensch ein unbeschränktes Recht gegenüber der gesammten Thier- und Sachenwelt bei und kann auch nie gegen sich selbst ein Unrecht begehen. [5])

Der objective Rechtsbegriff oder der Gesetzesbegriff steht schon an der Spitze des römischen Rechtes. [6])

Dies beruht darauf, dass das römische Recht sich als ein Stadtrecht, als das Recht einer städtischen Republik und mithin auf der historischen Grundlage der Gleicheit der cives entwickelt hat, welche Gleichheit auch die spätere Despotie festgehalten hat.

Daher erklärt sich auch, dass, sowie die Idee der Gleich-

[5]) Nicht zu verwechseln mit einer Immoralität.

[6]) Jus a jubendo dicitur.

heit Fortschritte macht (sei es in republikanischer oder monarchischer Form), das Bedürfniss einer positiven Gesetzgebung — als Ausdruck der bürgerlichen und politischen Gleichheit — hervortritt.

## §. 8.

## Die Verbindlichkeit als Inhalt des Rechtes im objectiven Sinne.

Als allgemeine Regel oder Gesetz des äussern Handelns und als Ausdruck der Gleichheit der Befugnisse vernünftiger Socialwesen ist das Recht im objectiven Sinne selbstverständlich und implicite — per consequentiam — auch allgemeine Beschränkung der Willkür,[1]) d. h. Ausdruck der sittlichen oder Vernunftnothwendigkeit, jede äussere Handlung zu unterlassen, welche als thatsächliche (factische) Negation der Gleichheit des Wesens erscheinen und empfunden werden möchte.

Jede in der Vernunft begründete Nothwendigkeit zu handeln (etwas zu thun oder zu unterlassen), wird aber im Allgemeinen Verbindlichkeit oder Pflicht, officium, in der Juristenschule und von den Philosophen jetzt gewöhnlich obligatio genannt.[2])

Hiernach ist das Rechtsgesetz oder das Recht im objectiven Sinne, indem es nach der einen Seite hin Ausdruck der Allgemeinheit einer Befugniss ist, nach der andern Seite hin — implicite — Ausdruck von Verbindlichkeiten, und diese bilden also in praktischer Beziehung den unmittelbaren Inhalt des Rechtsgesetzes.

## §. 9.

## Charakter dieser Verbindlichkeit als Rechtspflicht. Vollkommene Verbindlichkeit.

Die Verbindlichkeit, welche den Inhalt des Rechtsgesetzes ausmacht (§. 8), wird eben deshalb rechtliche Verbindlichkeit oder Rechtspflicht genannt.

---

[1]) Aber nicht Princip, wie Kant meinte.

[2]) Im römischen Recht ist obligatio eigentlich etwas Anderes, nämlich das, was man jetzt das Rechtsverhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner nennt, d. h. ihre Wechselbeziehung, vinculum juris inter creditorem et debitorem.

Als logischer und correspondirender Gegensatz (corollarium) der Zwangsbefugniss (§. 6) ist die Rechtspflicht nothwendig eine erzwingbare oder Zwangsverbindlichkeit, d. h. eine Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung der Verpflichtete vernünftiger Weise mit äusserem Zwange angehalten werden kann. In diesem Sinne ist die Regel zu verstehen: „Jus et obligatio sunt correlata"; d. h. es gibt kein Recht, keine Zwangsbefugniss ohne eine entsprechende Zwangsverbindlichkeit.

Da die Erzwingbarkeit die höchste Eigenschaft ist, welche einer Verbindlichkeit im praktischen Leben zukommen kann, so werden die Verbindlichkeiten, welche hierzu qualificirt sind, vollkommene Verbindlichkeiten, obligationes perfectae, genannt.

Im positiven Rechte gilt als vollkommene Verbindlichkeit diejenige, welche sowohl in der Form einer Klage, als einer Einrede geltend gemacht werden kann.

## §. 10.

## Die sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit. Das Sittengesetz. Die Moral.

Die sittliche Freiheit ist und heisst insofern Recht — Zwangsbefugniss — als sie im Socialleben durch äussere Handlungen Anderer negirt (beeinträchtigt) werden kann (§. 9), also nach Umständen eines Zwanges zu ihrer Geltendmachung bedarf. Das ihr correspondirende Sollen, resp. die Rechtspflicht etc., bezieht sich daher auch nur auf das Verhältniss einer Person zur andern — das erzwingbare Sollen Anderer (et vice versa).

Im vernünftigen Selbstbewusstsein liegt aber noch ein anderes Sollen, nämlich das Sollen des Individuums im Verhältniss zu sich selbst als vernünftiges Wesen,[1]) welches somit kein Gegensatz einer Zwangsbefugniss, resp. kein erzwingbares Sollen, sondern nur ein durch freie Selbstbestimmung zu verwirklichendes Sollen[2]) ist, d. h. es liegt (populär ausgedrückt) in der Vernünftigkeit des Menschen auch eine auf Selbstbestimmung (Selbstgesetzgebung) in Folge der Selbsterkenntniss beruhende

[1]) Theologisirend: im Verhältniss zur Gottheit, zum göttlichen Willen.

[2]) Ein Vernunftgebot. — Cf. §. 7, a. E.

Forderung an sich selbst, vernünftig zu handeln. Dieses nicht erzwingbare, lediglich der freien Selbstbestimmung anheimfallende Sollen ist es nun, was man das Sitten- oder Moralgesetz nennt.

Die Moral beruht also auf der Selbstachtung als Mitglied einer vernünftigen Gattung; sie betrifft das Verhältniss des Individuums zu sich selbst.

Dies lässt sich auch durch den Imperativ ausdrücken: „Achte Dich selbst“, oder: „Handle (sei) vernünftig, auch wo Andere keine Befugniss haben, Dich zu vernünftigem Handeln zu zwingen!“

Der Unterschied in dem Erkennen (im Modus des Erkennens) des Rechtlichen und Sittlichen liegt nun in Folgendem. Bei der Erkenntniss des Rechtsbegriffes geht das Individuum von sich aus (vom Befugnissbegriffe) und schreitet fort zur Anerkennung des gleichen Wesens der Gattung; bei der Bildung des Begriffes des Sittlichen geht man dagegen aus von der Erkenntniss des vernünftigen Wesens der Gattung (oder der Gottheit selbst) und geht von da zurück auf sich, d. h. auf das Individuum und erkennt dessen sittlichen Werth — seine Ehre — darin, Mitglied einer vernünftigen Gattung zu sein.

Eben weil man hier vom Wesen der Gattung (dem Allgemeinen, Gemeinsamen)[3]) ausgeht, sieht man in dessen Dasein die Norm, das Gesetz des Handelns für das Individuum; also steht bezüglich des Sittlichen der Begriff des Gesetzes (Vernunftgesetzes),[4]) und somit der Begriff der Verbindlichkeit an der Spitze.

Aber diese sittliche (moralische) Verbindlichkeit ist keine erzwingbare, weil die Vernunftforderung, der Würde der Gattung gemäss zu handeln, eine von dem Individuum kraft seiner Selbsterkenntniss an sich selbst zu richtende Forderung ist.[5])

Verbindlichkeiten dieser Art, die also ihrem Charakter nach nicht erzwingbar sind,[6]) nennt man sittliche oder moralische Ver-

---

[3]) Theologisirend: vom Glauben an den göttlichen Willen.

[4]) Materialistisch: des psychophysikalischen Gesetzes.

[5]) Unsittlich ist demnach, was dem vernünftigen Gesammtbewusstsein widerspricht; theologisirend: was dem Willen oder Gesetz Gottes zuwider ist; materialistisch: was der menschlichen Natur widerspricht.

[6]) Gegen mich selbst brauche ich keinen Zwang auszuüben; ich brauche nur zu wollen.

bindlichkeiten oder Pflichten, Gewissenspflichten, unvollkommene Verbindlichkeiten, obligationes imperfectae,[7]) römisch: obligationes naturales, und insbesondere Liebespflichten, insofern sie sich nicht blos auf die innere Gesinnung des Individuums für sich allein,[8]) sondern zugleich nebenbei auch auf das Handeln gegen Andere beziehen, wie z. B. Dankbarkeit, Grossmuth u. s. w.

Das Kriterium für die Erkenntniss, was eine solche moralische, bez. nicht erzwingbare Verbindlichkeit sei, liegt darin, dass ein directer Zwang zur Erfüllung einer gewissen Vernunftforderung entweder nach der Natur der Sache (physikalisch) oder ihrem Begriffe nach (logisch) unmöglich, bez. undenkbar ist.

Ersteres ist der Fall in Bezug auf alle sog. inneren Handlungen, d. h. die Gedanken;[9]) daher die Regel: de internis non judicat praetor; — cogitationis poenam nemo patitur.[10])

Das Andere ist der Fall hinsichtlich jener äusseren Handlungen, bei welchen durch ihren Begriff die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass sie jemals Verletzungen, Beeinträchtigungen, Negation der Befugnisse, des Rechtes (Rechtsverletzungen) einer anderen Person sein könnten, z. B. Grossmuth, Dankbarkeit, Mildthätigkeit, Nachsichtigkeit, Wohlthätigkeit, Mitleid etc., sog. Liebespflichten.[11])

Die Erfüllung solcher Liebespflichten ist daher:

1) ein schrankenloses Dürfen oder schrankenlose Befugniss, weil sie unter keinen Umständen eine Rechtsverletzung sein kann.

2) Die Erfüllung einer nur moralischen Verbindlichkeit er-

---

7) Nach modernem Sprachgebrauche.

8) Wie z. B.: Sei mässig, besonnen; schone deine Gesundheit; sei keusch; setze dich nicht unüberlegt und unnöthig Gefahren aus; sei nicht leichtsinnig; sei fromm; ehre Gott; sei bescheiden, höflich, nicht anmassend, eitel etc.

9) Sog. Moralität der Gesinnung.

10) L. 18. Dig. de poenis (48, 19). — Gedanken sind zollfrei. — Ums Denken kann man Niemand henken.

11) Nach L. Feuerbach: „welche die Glückseligkeit des Du vermehren“ = ihre Rechtssphäre erweitern.

scheint in der Praxis stets als res merae facultatis, Sache des reinen Beliebens.

3) Es hat auf deren Erfüllung Niemand einen rechtlichen Anspruch, kein Recht, im eigentlichen juristischen Sinne, sondern höchstens eine Erwartung, sog. moralischen Anspruch, den man im gemeinen Leben zwar häufig, aber offenbar unrichtig, auch ein Recht nennt.

Die auf die freie Erfüllung der unvollkommenen Verbindlichkeiten oder Liebespflichten gerichtete Vernunftforderung wird nun darum als Sitten- oder Moralgesetz bezeichnet, weil sie dem einfachen Menschenverstande als das Gemein-Vernünftige, dem menschlichen Wesen Angemessene erscheint, was in dem volksmässigen Gesammtbewusstsein als Glaube haftet und gleichsam instinctartig wirkt, d. h. durch die Uebung, usus, mores, Sitte der Edleren und Besseren (Einsichtsvolleren, Vernünftigeren, Verständigeren) in der Praxis gehandhabt wird. Die Sittlichkeit erscheint somit als eine Handlungsweise, deren Beachtung das Individuum in der öffentlichen Meinung[12]) erhebt, deren Nichtbeachtung dagegen das Subject sowohl in der öffentlichen Meinung, als auch in seinem eigenen Selbstgefühle (Gewissen) herabsetzen würde.[13])

---

[12]) Eben darum, weil das Sittliche nicht direct erzwingbar ist, steht es in der öffentlichen Meinung höher als das Recht, d. h. höher als die erzwingbare, blos äusserliche Legalität. Daher hat man früher, freilich in ungenauer Ausdrucksweise, das Sittliche erklärt als das, was des Beifalls der Edleren und Besseren (der Intelligenten, Denkenden) würdig ist.

[13]) Gewissen ist das immanente, mehr oder minder klare oder entwickelte Bewusstsein (Selbstbewusstsein) dessen, was der menschlichen Gattung (Wesen) angemessen ist. Daher unterscheidet man zartes und weites Gewissen. „Sich aus etwas kein Gewissen machen“, oder „gewissenlos sein“, heisst: keine Selbsterkenntniss, kein Selbstgefühl des Unrechts in einem gewissen Falle haben, glauben Recht zu thun. Das Gewissen lässt sich — als Selbsterkenntniss — sowie es einmal erwacht ist, nie täuschen. Kein Thier kann sich schämen oder etwas bereuen, denn es kann nicht anders, als dem Instinct seiner Gattung gemäss handeln. Darum setzt schon die Bibel den Unterschied des Menschen darein: „eritis sicut Deus, scientes bonum et malum.“

Die Sittlichkeit (Moralität) äussert sich im socialen Leben als Selbstbeschränkung[14]) durch Selbstbestimmung in Verhältnissen, wo kein Anderer beschränkend einwirken dürfte. Sie gilt eben darum für das Edle, weil hierin eine Ueberwindung des Egoismus, also ein Sieg des allgemeinvernünftigen Menschengeistes, ein Sieg des Geistes über die Sinnlichkeit hervortritt.[15])

## §. 11.

## Folgerungen aus dem Verhältnisse von Moral und Recht.

Aus dem bisher erörterten Verhältnisse von Moral und Recht ergeben sich als Folgesätze (Corollarien):

1) Nicht Alles, was rechtlich erlaubt ist, ist darum auch moralisch.[1])

2) Nicht Alles, was unmoralisch ist, ist darum auch widerrechtlich; nämlich, wenn es nicht dem Rechte eines Andern entspricht.[2])

3) Die Moralität der Gesinnung kann keine an sich widerrechtliche Handlung zum Rechte machen, d. h. der Zweck heiligt die Mittel nicht, „finis non justificat media“.

Es kommt hier überhaupt darauf an, ob feststeht, dass der Wille an sich ein rechtswidriger ist; dann kann die gute Absicht dabei nicht in Betracht kommen, da alles Unrecht seinen Ausgangspunkt im rechtswidrigen Willen hat.[3]) Vorfrage ist

---

[14]) Eine Species davon ist die Selbstbeherrschung.

[15]) Dass das Volk das sittlich Schöne, Gute etc. lobt, ist nicht, wie Manche glauben, ein Beweis von dessen eigener Niederträchtigkeit, sondern ein Beweis des Verständnisses, der Empfänglichkeit für das Gute, Bewusstsein desselben und Freude daran; also ein Beweis der Theilnahme der Massen am sittlichen Geiste (Bewusstsein). Sonst könnte das Volk es auch nicht bewundern.

[1]) „Non omne quod licet honestum“; L. 144 de R. J. (50, 17). — So z. B. gelten die Privatleih- und sog. Rückkaufsgeschäfte als unnobel; desgleichen das Aufkaufen der Forderungen gegen einen Schuldner, um ihn durch Ausklagen in Vermögensverfall zu bringen.

[2]) Z. B. Neid, Schadenfreude, Hass, Trunkenheit, Undank, Hartherzigkeit etc.

[3]) Siehe unten §. 84.

also, ob der Wille bei einer gewissen That ein unter allen Umständen rechtswidriger ist,[4]) oder ob eine Handlung nur unter Voraussetzung einer gewissen fehlerhaften, unmoralischen Willensbestimmung im einzelnen Fall eine Rechtswidrigkeit sein kann;[5]) d. h. in vielen Fällen ist die That an sich weder gut, noch schlecht; sie wird Eines oder das Andere nur durch die Beziehung auf ihren Zweck (die Absicht des Thäters). Gerade das bildet in den meisten Fällen den Streitpunkt, ob die That unter allen Umständen an sich rechtswidrig oder es nur bei gewissem Zweck ist.

Der Staat bestimmt mitunter durch Gesetz, welche Handlungen unter allen Umständen für rechtswidrig gelten sollen, z. B. Selbsthülfe durch Gewaltsamkeit, Rebellion; oder für zulässig, z. B. Tödtung aus Nothwehr.

Oft hängt es vom Erfolg ab, ob eine That strafbar wird, oder nicht, z. B. bei allen politischen Verbrechen, je nachdem z. B. die Revolution siegt oder nicht.

Die Moral will, dass man nicht die äussersten Mittel gebrauche, so lange andere möglich sind; hierauf beruht die Lehre vom Excess der Nothwehr.

## §. 12.

## Von der Art und Weise, wie die Moral (das Sittliche) in der Socialität zur praktischen Geltung neben dem Rechte gelangen kann.[1])

Wenn die Sittlichkeit nur als Sache des Einzelnen aufgefasst wird, so bleibt ihre Geltung in der Praxis immer problematisch. Es ist aber eine Aufgabe der Menschheit, dass auch das Sittliche zur Geltung in der Socialität kommen soll.

Da nun zur Geltung des Sittlichen ein directer Zwang nicht

---

[4]) Z. B. Meineid eines Zeugen aus Mitleid mit dem Angeklagten; Raub, Diebstahl, soweit nicht das positive Gesetz eine Ausnahme macht, z. B. beim Stehlen in Hungersnoth.

[5]) Z. B. Verwundung, Abschneiden eines Gliedes zu Heilzwecken, chirurgisches Blutvergiessen.

[1]) R. A. Human, de juris ratione ethica. Diss. Hildburghausen 1876.

denkbar ist (§. 11), so entsteht die Frage, wie das Sittliche überhaupt zur praktischen Geltung gebracht werden könne. Das natürliche Mittel liegt in der Socialität selbst, namentlich in dem Dasein geschlossener socialer Kreise, wie Familie und Volk; denn hier erscheint naturgemäss auch die Sittlichkeit als ein Interesse des ganzen Kreises, resp. als dessen vernünftiges Gesammtbewusstsein, woran der Einzelne Theil nimmt, oder wodurch ihm die Erkenntniss des Sittlichen erleichtert und beigebracht wird.[2]) Somit kommt hier das Sittliche zunächst zur Geltung in der Form von Wort (Lehre) und Beispiel, bez. Erziehung.[3])

Verfolgt man nun den Gang der Geschichte, so findet man, dass alle Völker die Aufgabe der Civilisation darin gefunden haben, die scharfen Gegensätze von Recht und Moral in der Praxis und Gesetzgebung auszugleichen, und auch das Sittliche zur allgemeinen Anerkennung und Geltung zu bringen. Man bemisst auch die Humanität und Civilisation, bez. die sittliche Höhe eines Volkes danach, in welchem Grade es die Gegensätze des Rechts und der Moral ausgeglichen hat.[4])

Die Gesetzgebung sucht nun diese Aufgabe auf zweifachem Wege zu erreichen:

I. Dadurch, dass in einem bestimmten Kreise (Völkerschaft) dem Sittlichen, welches nicht direct erzwingbar ist, doch der Charakter des Erzwingbaren (annähernd) in indirecter Weise (indirecte Nöthigung) beigelegt wird. Dies geschieht

1) durch Verstärkung der psychologischen Motive, Aussicht auf Belohnungen (Tugendpreise, Medaillen, Orden, sonstige Auszeichnungen, Diplome, Belobungen etc.), oder

2) dadurch, dass die Gesetzgebung unsittliche Handlungen zu hindern sucht, z. B. durch Verbot des Zurückforderns des zur

---

[2]) Es liegt schon in der allgemeinen Ansicht eines solchen Kreises ein psychologischer Zwang oder eine Verstärkung der Motive zur Sittlichkeit, da die allgemeine Verachtung den Unsittlichen trifft.

[3]) „Verba docent, exempla trahunt“; daher auch umgekehrt: „Böse Beispiele verderben gute Sitten.“

[4]) Die Religion und Kirche machen es sich dabei zur besonderen Aufgabe, für die Herrschaft der Sittlichkeit zu wirken.

Erfüllung einer obligatio naturalis Gegebenen, durch Verbot von öffentlichen Spielhäusern, Hazardspielen, Bordellen etc.; oder

3) dadurch, dass gewisse unsittliche Handlungen, Geschäfte, in ähnlicher Weise mit Strafe bedroht werden, wie rechtswidrige Handlungen, z. B. Wucher; oder

4) dadurch, dass gewisse moralische Handlungen geradezu für eine Rechtspflicht (für klägbar) erklärt werden, z. B. Armenunterstützung. Dergleichen bezeugt entweder einen Verfall, Erlöschen des moralischen, insbesondere des Wohlthätigkeitssinnes, oder ein Ueberhandnehmen des Pauperismus.

Möglich ist und oft bei rohen Völkern, bei niederer Culturstufe, der Fall, dass die Gesetzgebung in der Bestrafung der Unsittlichkeiten zu weit geht, d. h. dieselben als Criminalverbrechen behandelt. Dies ist die Folge von dem ursprünglich starken Volksgefühl, dass das Sittliche, wie das Rechtliche zur Geltung kommen soll; auch findet sich dies in Zeiten, wo man dem Volke noch wenig Intelligenz — Erkenntnissvermögen des Unsittlichen — zutraut, und also die Gesetzgebung (besonders wo sie eine theokratische Grundlage hat) glaubt, mit starken Mitteln das Volk zur Sittlichkeit erziehen zu müssen. In neuerer Zeit vermeidet man dieses Extrem, geht aber mitunter darin zu weit, indem man dem Rechte die sittlichen Grundlagen ganz entzieht, was offenbar ein Rückschritt in der Civilisation ist.

II. Der zweite Weg, den die Völker einschlagen, um den Gegensatz von Moral und Recht im praktischen Leben auszugleichen, besteht darin, dem strengen Rechte den Charakter des Erzwingbaren zu nehmen, wo die Geltendmachung desselben für das Volksleben oder die Volkswirthschaft weniger wichtig zu sein scheint, als die Erhaltung des moralischen Princips. Dies geschieht schon in der römischen Gesetzgebung dadurch, dass gewissen an sich rechtlichen Verhältnissen oder Rechtsgeschäften,[5]) die zum Zwecke einer Immoralität (turpis causa) eingegangen werden, die Klagbarkeit entzogen wird, oder dass die Klage aus einem Rechtsgeschäfte, wenn sie auch an sich zugelassen

---

[5]) Z. B. Spielschulden.

wird, durch eine aus Billigkeit gegebene Einrede (ope exceptionis) zurückgewiesen werden kann, sofern der Beklagte sich ihrer bedienen will.[6])

Je mehr die Intelligenz im Volke steigt, also je mehr Fähigkeiten man dem Publicum, bez. dem Einzelnen zutraut, Beschwindelungen, Uebervortheilungen selbst zu erkennen, desto mehr verschwinden diese sog. beneficia legis wieder in der Gesetzgebung; desgleichen, je mehr die Rücksicht auf prompte Execution überwiegt oder man glaubt, der Credit des Schuldners werde steigen, wenn der Gläubiger dergleichen Exceptionen nicht mehr fürchten muss[7]) oder der Volkscharakter in Bezug auf Geldgeschäfte härter wird und das Capital nach der Herrschaft strebt.

Dass diese Voraussetzung der genügenden Intelligenz des Publicums, sich selbst vor Schaden und Beschwindelung zu hüten, oft eine sehr unbegründete und täuschende ist, lehrt die neueste Erfahrung[8]) zu grossem Schaden des nationalen Wohlstandes.

## §. 13.
## Praktische Folgerungen aus den obigen Begriffen.

Aus dem bisher erörterten Verhältnisse von Recht im subjectiven Sinne und Recht im objectiven Sinne und der Zwangsverbindlichkeit ergeben sich noch nachstehende in allen positiven Gesetzgebungen anerkannte Folgesätze:

1) Das Recht im subjectiven Sinne oder die Befugniss begründet eine Nothwendigkeit zu handeln nur für den Verpflichteten, insofern der Berechtigte sein Recht gebrauchen will, aber keine Verbindlichkeit für den Berechtigten, sein Recht wirklich zu gebrauchen.[1])

---

[6]) So z. B. im römischen Recht die privilegia militum, rusticorum et feminarum in errore juris. Das SC. Macedonianum. Beneficium competentiae. Lex Anastasiana. Anatocismus. SC. Vellejanum et authentica si qua mulier. Exceptio non numeratae pecuniae. Die Wuchergesetze überhaupt u. s. w.

[7]) Z. B. bei akademischen Credit-Edicten.

[8]) 1872. Gründerschwindel etc.

[1]) Ulpian. in L. 156 de R. J. (50, 17): „Jure suo uti nemo cogitur."

2) Wer sein Recht gebraucht, ist eben daher, weil es sein Recht ist, nicht schuldig, einen Nachtheil zu ersetzen, welcher einem Anderen durch die ordnungsmässige Ausübung seines Rechtes zugeht.[2])

3) Niemand ist verbunden mehr zu leisten, als physisch oder moralisch möglich oder rechtlich erlaubt ist.[3])

---

## II. Abschnitt.

## Von der Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Geschichte.

### §. 14.

### 1) Das Jus fortioris oder die Gewalt und das individuelle Interesse als Recht.

Sowie sich das sinnliche Element als Träger und Medium des Geistes vor dem geistigen Elemente, dem sittlichen Bewusstsein, der Intelligenz, entwickelt, so fasst sich auch der uncivilisirte Mensch — wie heutzutage noch jedes Kind — zuerst als Sinnenwesen und Einzelwesen (Individuum) auf und findet zuerst das Gesetz seines Handelns in dem, was seiner Sinnlichkeit angenehm und nützlich (utile) erscheint, d. h. in seinem egoistischen Interesse. Es gilt daher überall dem Menschen zuerst sein Interesse (Bedürfniss, Lustgefühl) für sein Recht[1]), d. h. für seine Befugniss, und der Umfang seiner Berechtigung bestimmt sich für ihn lediglich durch seine Kraft, d. h. durch sein physisches oder sein intellectuelles Vermögen oder Können (posse). Somit wird die Gewalt eine Regel und zugleich die einzige Schranke, welche der rohe Mensch anerkennt.

---

[2]) Paulus in L. 55, 151 und 155 de R. J. (50, 17): „Qui jure suo utitur, neminem laedit."

[3]) Celsus in L. 185 de R. J. (50, 17): „Impossibilium nulla est obligatio." — Sog. exceptio Caesarea: „Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren."

[1]) Z. B. habe ich Durst, so bin ich berechtigt zu trinken; etc.

Die Gewalt ist aufzufassen als ein vermögender Wille, d. h. als ein Wille, der mit der physischen Möglichkeit seiner Geltendmachung (mit Macht) verbunden ist. Als mächtiger Wille (mächtiges Vermögen) ist die Gewalt an sich eine Thatsache und darum an sich etwas Wirkliches oder Geltendes, d. h. etwas, das sich durch sich selbst Geltung (Anerkennung, Herrschaft) verschafft.

Die Gewalt, als Grund und Regel des menschlichen Handelns gedacht, wird daher auch das Recht des Stärkeren, jus fortioris, auch mitunter „das eigentliche natürliche Recht“ genannt.

Unläugbar ist die Gewalt auch das wahre Gesetz der Natur, d. h. der Sinnenwelt, weil diese nur aus Ungleichem besteht und unter diesem nur die unbewusste, vernunft- und willenlose Kraft, die sog. Naturnothwendigkeit, gelten kann.

Für das menschliche Socialverhältniss erscheint aber die Gewalt, wenn sie als Regel der Socialität (des Handelns) aufgestellt werden will, als eine falsche Regel, denn sie statuirt nur Befugnisse für den Mächtigen und ist also nur für den Schwachen Regel oder Gesetz [2]), wie z. B. im Kriege für den Besiegten.

Die Verwechselung von Gewalt und Recht [3]) bei rohen Zuständen ist aber um so erklärlicher, weil ohne Gewalt, d. h. ohne Thatsachen (Zwang) gar kein Recht geltend gemacht werden kann und jedes Recht praktisch bedeutungslos ist, sowie es machtlos ist. [4])

Daher ist die Forderung, dass das Recht gelte, nichts An-

---

[2]) D. h. das Jus fortioris, als Regel gedacht, ist immer Widerspruch, weil darin Negation der Gleichheit des Wesens liegt; es ist daher unsittliche, vernunftlose Regel, unsittliches, willkürliches Recht.

[3]) In der Auffassung der Gewalt als Recht wird das Wesen des Rechtes verwechselt mit seiner Aeusserungsform, d. h. das physische Können mit dem sittlichen Dürfen.

[4]) Die Gewalt ist an sich weder gut noch böse (schlecht), sondern sie wird es nur durch die Beziehung auf den Zweck, für den sie geübt wird.

deres als die Forderung, dass das Recht ein mächtiges sei, d. h. dass Recht und Gewalt harmonisch verbunden seien.[5])

Die Gewalt hat übrigens das mit dem Rechte gemein, dass sie um ihrer selbst willen (absolut) gelten will.

Die Falschheit der Auffassung der Gewalt, als Regel eines sittlichen Daseins gedacht, zeigt sich eben darin, dass sie nicht als allgemeine Regel des gegenseitigen Handelns gedacht werden kann, also den Begriff der sittlichen Regel in sich selbst zerstört. Dies zeigt sich in allen Verhältnissen, wo die Gewalt an die Stelle des Rechtes tritt, z. B. im Kriege. Hier will die Gewalt eine Regel, Gesetz für den Besiegten sein, für den Sieger ist sie Willkür, d. h. schrankenlose Befugniss.[6]) Der Gewaltige erkennt die Regel, die er für Andere aufstellt, nicht als für sich verbindlich an.

Die Auffassung der Gewalt als Recht ist aber sehr erklärlich, weil der Mensch überhaupt seines Rechtes, seiner Befugniss, nur individuell (egoistisch) bewusst wird. Erst wenn das Gattungsbewusstsein erwacht, welches den Menschen vom Thier scheidet, beginnt auch die Scheidung von Recht und Gewalt im Bewusstsein.

Sodann darf nicht verkannt werden, dass die natürlichen Verhältnisse selbst (also das Unvermeidliche, Feststehende, das Gewaltige im weiteren Sinne) immer einen Einfluss auf die Möglichkeit, die Zuständigkeit oder doch die Ausübung gewisser Befugnisse haben, wie z. B. schon der Unterschied der Geschlechter, des Alters etc. Unterschiede im Rechte bei allen Völkern hervorruft.[7])

---

[5]) Nicht Recht und Gewalt sind also widerspruchsvolle Gegensätze, sondern Recht und Willkür. Man sollte daher auch nicht sagen: „Das Recht soll gelten und nicht die Gewalt“, sondern: „Das Recht soll gelten, nicht die Willkür.“

[6]) Man sollte auch nicht sagen: „Gewalt geht vor Recht“, sondern „Willkür geht vor Recht“; „stat pro ratione voluntas.“

[7]) Nicht die Gewalt macht eigentlich Recht, sondern die Willkür, wenn ihr die Macht zu Gebote steht. Wohl aber schafft die Gewalt mitunter neue Zustände, neue thatsächliche Grundlagen, auf welchen wieder ein neues Recht erwächst.

## §. 15.

## 2) Das sittliche Recht. Unterschied von gültigem und geltendem Rechte.[1])

Sowie geschichtlich in der Gewalt das individuelle Interesse — die Willkür — des Mächtigen als sog. Jus fortioris (= unsittliches Recht) hervortritt und sich also als geltendes Recht gegenüber den Schwachen hinstellt, so gelangt eben hierdurch zugleich sein Gegensatz oder das Interesse des Schwächeren zum Bewusstsein.[2]) Somit ist die Unterdrückung sogar von weltgeschichtlicher Bedeutung, ein bedeutendes Moment, um die sittlichen, die allgemein vernünftigen socialen Interessen, d. h. den Rechtsbegriff auf sittlicher Grundlage bei den Massen zum Bewusstsein zu bringen.

Es zeigt sich nämlich alsbald das Verlangen einer allgemeinen, d. h. solchen Regel, die auch der Starke als für sich verbindlich anzuerkennen hätte. In diesem allgemeinen Interesse erkennen alsbald die Schwachen, nämlich die ursprünglich ihrer Gesammtkraft nicht bewussten und der Einheit des Willens ermangelnden Massen ihr Recht, d. h. sie halten sich für befugt, das, was sie als allgemeines Interesse erkennen, geltend zu machen, sowie es ihnen physisch möglich wird.

Diese Möglichkeit tritt ein, sowie die Masse einen einheitlichen Willen fasst und zum Bewusstsein der in ihr liegenden, jedem Einzelnen überlegenen Kraft kommt und Führer findet.[3]) So entstand auch häufig das Volkskönigthum aus der Demagogie.[4]) Mitunter erfasst ein Begabter die sittliche Idee, verkündet und handhabt sie als göttliche Anordnung.[5])

---

[1]) Dies ist bei Hans Gross, Entwurf einer Rechtsentwicklung, Graz 1873, gut ausgeführt.

[2]) Mit der Begehung des Unrechts erwacht das Bewusstsein des Rechts. So sagt die Schlange im Paradies, indem sie zur Uebertretung des Gebotes anreizt: „Eritis sicut Deus, scientes bonum et malum.“ — Historisch ist sonach das Unrecht die Mutter des Rechtes.

[3]) Polybius.

[4]) Z. B. Cäsar; Napoleon III.

[5]) So z. B. Moses, als israelitischer Volksführer.

Somit bildet sich alsbald in der Geschichte ein Gegensatz des geltenden, d. h. wirklich historisch bestehenden und gehandhabten Rechtes, und eines gültigen, d. h. auf Geltung Anspruch machenden, als auf sittlicher Grundlage ruhenden, gewünschten, aber vorläufig nur in der Idee bestehenden Rechtes.

Sowie aber diese letztere Erkenntniss eintritt, so liegt darin auch für die Massen der Impuls (moralische Imperativ) oder Antrieb, das als ihren allgemeinen Interessen entsprechend, bez. als vernünftig erkannte Recht an die Stelle des missliebig gewordenen und damit in Widerspruch stehenden historischen Rechtes zu setzen, sog. Fortschritts-Idee.[6])

Uebrigens ist die ganze geschichtliche Entwicklung der Rechtsidee, resp. aller Fortschritt im bürgerlichen und politischen Leben nichts Anderes, als ein ewiger Kampf der noch nicht geltenden, für vernünftige, bez. für allgemeine, gehaltenen Interessen um positive (historische, äussere) Geltung gegen die bereits geltenden sog. Sonder-Interessen. Somit liegt klar vor, dass in ewiger Kreisbewegung das ideale Recht (das Gültige oder gelten Sollende) danach strebt, dasjenige zu werden, was zu vernichten es sich zur Aufgabe setzt, nämlich geltendes historisches Recht.[7]) Ist es dies geworden, so entsteht alsbald wieder eine weitere Erkenntniss und ein weiteres Bedürfniss, und wird dann das eben zum Geltenden gemachte Recht wieder angefochten, wobei zum Behufe der richtigen Würdigung des sog. Fortschrittes nicht zu übersehen ist, dass jedes historische Recht, dessen Abschaffung man jetzt verlangt, zur Zeit seiner Entstehung oder Einführung regelmässig auch für vernünftiges Sittliches oder doch Zweckmässiges, Nothwendiges, gehalten worden ist und ausserdem gar nicht hätte entstehen können. Praktisch löst sich dieses Entwicklungsgesetz auf in einen Kampf von Partei-Interessen, welche sich gegen einander als die allgemeinen geltend zu machen suchen.

---

[6]) Dabei kann auch Täuschung unterlaufen; Fortschritt zum Uebel anstatt zum Bessern.

[7]) Daher Hohlheit der Declamation bei Goethe (Faust, I. Th.): „Es erben sich Gesetz' und Rechte, wie eine ew'ge Krankheit fort; . . . . . vom Rechte, das mit uns geboren, von dem ist, leider! nie die Frage!"

Hiernach ergeben sich als Folgesätze:

1) Vom praktischen Standpunkte aus ist ein Recht jenes Interesse, welches in einem gewissen Kreise Anerkennung (Geltung) als allgemeines und also als erzwingbares gefunden hat.

2) Es gibt kein Recht ohne Interesse; wo ein Interesse nicht denkbar oder erloschen ist, ist auch kein Recht denkbar.[8])

3) Nicht jedes Interesse ist aber ein Recht. Es liegt jedoch in jedem vernünftigen Interesse der Trieb, ein Recht zu werden, d. h. allgemeine Anerkennung zu erlangen, und eben dies ist das Kriterium der Vernünftigkeit eines Interesses, dass es der allgemeinen Anerkennung, der Erhebung zum Rechte fähig ist.

4) Recht und Interesse sind also Gegensätze nur insofern, als man gewöhnlich unter Interesse nur das egoistische, individuelle, specielle Interesse versteht. Vom positiv-rechtlichen Standpunkte aus erscheint aber ein jedes Interesse, welches nicht positiv als ein Recht anerkannt ist, nothwendig als Unrecht, abgesehen von seiner Vernünftigkeit in abstracto.

5) Der Begriff von allgemeinen Interessen ist in seiner geschichtlichen Entwicklung ein relativer, d. h. geschichtlich wird das Allgemeine (generale) gehandhabt in der Form des Gemeinsamen (commune) eines gewissen socialen Kreises.

Somit kann man in der geschichtlichen Entwicklung Gradationen des Allgemeinen, bez. Gemeinsamen, unterscheiden:

1) einfache sociale Interessen, d. h. solche, die sich auf das Verhältniss von Individuum zu Individuum überhaupt beziehen;

2) Familien-Interessen; und

3) Gemeinde-, bez. Staats- oder völkerschaftliche Interessen.

## §. 16.

### 3) Scheidung des rationalen und des nationalen Rechtes.[1])

Schon im Anfang der Geschichte findet man die Menschen in natürlichen Gruppen,[2]) so dass die Einigung, sowie die Schei-

[8]) Z. B. bei den römischen Prädialservituten mit Untergang des praedium dominans. So löst der Tod das Band zwischen den Ehegatten; ein verstorbener Ehegatte hat z. B. kein Recht darauf, dass der Ueberlebende ledig bleibe etc.

[1]) Vgl. Zoepfl in der Zeitschrift von Reyscher etc. für deutsch. Recht. 1841, Bd. IV. S. 91.

[2]) Familien, Stämme, Völker, Nationen u. dgl.

dung einer Gruppe von der andern durch natürliche Verhältnisse bedingt ist, wie Abstammung, Beschaffenheit der Erdfläche, sog. tellurische Verhältnisse.

Es kann daher auch die allgemeine in der Menschheit als Ganzem liegende Rechtsidee nicht anders zur geschichtlichen Erscheinung und Entwicklung kommen, als in nationaler Individualisirung und unter concreten tellurischen Einflüssen. Somit ergibt sich von selbst ein Gegensatz des allgemein vernünftigen, sog. rationalen oder abstracten Rechtes, und des besonderen völkerschaftlichen nationalen oder historischen Rechtes — oder der Gegensatz eines allgemein vernünftigen und eines nationalen Ideenkreises bezüglich des Rechtes. In letzterem Sinne fasste das römische Recht den Begriff von jus civile auf, als jus proprium cujuscunque civitatis.[3])

Das Verhältniss dieser beiden Begriffe ist folgendes:

1) Das rationale Recht steht lediglich in der Idee (Gedanken, Speculation); das nationale Recht steht in der Geschichte.

2) Wo ein culturfähiges Volk ist, kann das allgemein vernünftige Rechtsbewusstsein nie fehlen. Daher ist allen solchen Völkern der Gedanke gemeinsam, dass es ein Recht gibt; was aber bei einem Volke für Recht wirklich gilt, ist Ausfluss seiner nationalen Auffassung und Verarbeitung des Rechtsbegriffs. Daher hat sogar ein und dasselbe Volk zu verschiedenen Zeiten und auf verschiedenen Culturstufen andere Vorstellungen von dem, was Recht ist. Das Recht wächst und verfällt mit der Nation;[4]) kein Recht hält länger, als es der Bildungsstufe der Nation entspricht, bez. so lange es den Bedürfnissen entspricht, von der Sitte getragen und ertragen wird. Neue Zustände fordern überall ein neues Recht und erschaffen es, sei es durch Gesetz oder Herkommen, consuetudo und desuetudo, oder durch die Wissenschaft (Doctrin).[5])

---

[3]) Gajus, in L. 9. Dig. de J. & J. (1, 1).

[4]) So z. B. das römische Imperatoren-Recht im Gegensatze des Rechts der classischen Juristen.

[5]) So z. B. streben Deutschland, sowie die Schweiz seit 1873 nach Uniformität im Civilrechte.

3) In dem Volke liegt daher eine mit ihm selbst gesetzte lebens- und entwicklungsfähige Masse von Ideen, ein sog. nationaler Ideenkreis, dessen Kenntniss die Philosophie des positiven Rechtes ausmacht. Dieser bildet den sittlichen (ethischen) Charakter der Nation, so dass keine Nation ohne eine ihr innewohnende und eigenthümliche Rechtsanschauung gefunden wird. Wo dieser eigenthümliche Ideenkreis durch Einmischung von einem fremden Rechts-Ideenkreise durchbrochen wird, ist die Nation selbst in ihrem Rechtsleben krank. Daher erklärt sich auch, warum juristische und politische Institutionen von einem Volke nicht leicht mit Glück auf ein anderes Volk übertragen werden können, weil nämlich meistens die entsprechenden Verhältnisse fehlen.

4) Dagegen ist anzuerkennen, dass bei gleicher Civilisationsstufe, oder wenn ein Volk seine Civilisation auf ein anderes überträgt und wenn Nationen mit einander in lebhaften merkantilischen und wissenschaftlichen Verkehr treten, auch ein gemeinsamer rechtlicher Ideenkreis sich neu entwickelt, das allgemein Vernünftige (Gültige) immer mehr zur allgemeinen Geltung kommt und sich sonach ein immer mehr gleichmässiges historisches, sog. internationales Recht bildet; so namentlich im Völkerrecht, im Handels- und Wechselrecht.

5) In der neueren Zeit hat man den an sich richtigen Gedanken, dass es keine Nation ohne eigenthümliche Rechtsanschauung gibt, auch so ausgedrückt, dass mit dem Volke zugleich ein positives Recht da sei.[6]) Diese Ausdrucksweise ist aber unpassend und beruht auf einer Verwechselung von dem, was im philosophischen Sinne und was im juristischen Sinne positiv ist. Im philosophischen Sinne ist Alles positiv, was wirklich ist, wenn es auch noch keine äusserliche (sinnlich wahrnehmbare) Gestaltung erlangt hat, z. B. das vernünftige Denken; im juristischen Sinne dagegen heisst nur das positiv, was äusserlich erkennbar geworden ist. Letzteres ist aber noch keineswegs

---

[6]) Z. B. von Savigny, Bd. I. §. 7. — Richtig ist nur, dass, wo eine Nation ist, mit ihrem Dasein die Entwicklungsfähigkeit eines besonderen nationalen Rechts gesetzt ist und eine nationale Rechtsentwicklung alsbald beginnen wird.

der Fall, wenn man anerkennt, dass in jedem Volke eigenthümliche Rechtsansichten liegen, bez. schlummern; sondern es gehört dazu, dass diese im Volke liegenden Rechtsideen auch eine äussere Gestaltung und dadurch Erkennbarkeit gewonnen haben; denn vorher sind sie praktisch bedeutungslos, resp. dem Volke selbst unbewusst und unklar. Mit jedem Volke ist also von Haus aus nur die Entwicklungsfähigkeit eigenthümlicher Rechtsideen, die Anlage zur positiven Rechtsentwicklung, gegeben.

6) Jede Nation hält ursprünglich ihr nationales Recht für vernünftiges, dem sog. gemeinen Menschenverstande entsprechendes, weil sie überhaupt sich als einen Theil der Menschheit begreift und es als ihren Beruf anerkennt, das Vernünftige historisch zu entwickeln. Erst bei fortgeschrittener Bildung entwickelt sich die Erkenntniss eines Gegensatzes zwischen dem allgemein oder in abstracto vernünftigen Rechte und dem historischen oder nationalen Rechte. Es dauert mitunter lang, bis die Kritik zur Erkenntniss eines solchen Gegensatzes gelangt. Auch will alles nationale Recht anfänglich gar nichts Eigenthümliches sein, sondern es will selbst nur darum gelten, weil es Vernünftiges zu sein beansprucht. Daher glaubt eine Nation oft, abstract vernünftiges Recht zu haben, während sie in Wirklichkeit in ihrem nationalen Rechte nur ein relativ vernünftiges, bez. ihren Lebensverhältnissen angemessenes, für sie zweckmässiges Recht hat.

7) Rationales Recht und nationales Recht verhalten sich also wie allgemein vernünftiges und in concreto für vernünftig erachtetes (gehaltenes) Recht. Sie stehen in ewiger Wechselwirkung. Das Vernünftige will nationales, d. h. historisch geltendes, positives Recht werden und das nationale Recht will umgekehrt geschichtliche Erscheinung, positiver Ausdruck des Vernünftigen sein. Das nationale Recht schliesst daher das Vernünftige immer soweit in sich, als es unter dem Einflusse gegebener Verhältnisse möglich ist.[7])

---

[7]) Vergl. Ulpian, in L. 6. Dig. de J. & J. (1, 1): „Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei inservit. Itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, i. e. civile efficimus.“

## §. 17.

### 4) Genesis des positiven Rechtes im Allgemeinen.

Alles vernünftige Recht hat in sich den Trieb nach äusserer Gestaltung,[1]) d. h. nach äusserer Erkennbarkeit und geschichtlicher Geltung.

Das äusserlich erkennbar gewordene Recht wird sodann das positive, historische, nationale Recht genannt, jus civile der römischen Juristen.[2])

Historisch, positiv, wird nun das allgemeine vernünftige Recht nur unter der Einwirkung einer Autorität. Diese ist durch den Begriff einer socialen, genossenschaftlichen Einigung von selbst (implicite) gesetzt.[3]) Dabei ist gleichgültig, welches die Staatsform ist, d. h. ob die Autorität bei dem Volke als Gesammtheit oder bei einem Einzelnen ist.

Hiermit ist auch die oberste Eintheilung des Rechtes nach seinen Quellen gegeben:

1) in das Recht, welches mit dem vernünftigen Wesen des Individuums selbst gegeben ist — Vernunftrecht oder Naturrecht; und

2) in das positive, historische, nationale Recht, d. h. das Recht, welches durch irgend eine sociale Autorität (Familie, Gemeinde, Staat, Genossenschaft) festgestellt ist.

Hieraus ergibt sich, dass die schon früher von Spinoza, in neuerer Zeit von v. Savigny, Puchta, Falk u. s. w.[4]) aufgestellte Behauptung, dass alles Recht erst mit dem Staate entstehe, in dieser Allgemeinheit falsch ist; denn

1) ist das Recht schon mit dem Individuum und der Socialität an sich gegeben, und

2) richtig ist nur, dass der Staatszustand der geeignetste Zustand ist, um die historische Entwicklung und die Hand-

---

1) Es will Regel sein für das Aussenleben.

2) Oben §. 16, Note 7.

3) Auch jede Zunft legt sich eine solche Autorität bei.

4) Auch Lasker (1872): „Alles Recht geht vom Staate aus.“

habung des Rechtes zu bewirken und zu verwirklichen, und dass somit das positive, historische, nationale Recht sich erst in dem Staate entwickelt.[5])

§. 18.

Arten der Genesis des positiven Rechtes. Begriff von Rechtsquellen.

Das positive Recht, als das durch eine sociale, insbesondere nationale Autorität gegründete Recht entsteht, d. h. gewinnt äussere Erkennbarkeit auf dreierlei Weise:

1) durch Urtheil;

2) durch Herkommen; und

3) durch Gesetz, d. h. durch eine wörtliche Satzung, inclusive Verordnung, Statut u. s. w.

Solche Thatsachen hat man bisher Rechtsquellen genannt, indem man unter Rechtsquelle eine Thatsache versteht, wodurch ein Rechtsgrundsatz (eine Regel) festgestellt und erkennbar wird. Somit betrachtete man immer Rechtsquelle und Erkenntnissquelle des Rechtes für identisch. In der neueren Zeit hat nun v. Savigny einen Unterschied zwischen Rechtsquelle und Erkenntnissquelle des Rechtes aufgestellt. Unter Rechtsquelle will er nur das verstehen, woraus originell Rechtsgrundsätze hervorgehen; dagegen will er die anderen Thatsachen, wodurch nur schon vorhandene Rechtsgrundsätze erkannt werden, als Erkenntnissquelle des Rechtes bezeichnen. Sonach erklärt er die Vernunft als Rechtsquelle für das natürliche oder philosophische Recht und das Gesetz als solche für das geschichtliche oder positive Recht. Das Herkommen, die Gewohnheit aber will v. Savigny nur als Erkenntnissquelle des Rechtes betrachten, weil es ein schon im Volke vorhandenes Rechtsbewusstsein als seine Quelle voraussetze.

Diese Unterscheidung ist aber theils dialektisch unrichtig, theils praktisch ohne Bedeutung; denn

---

5) Das römische Recht unterscheidet nach den Quellen drei Arten von Recht (jus tripartitum); nämlich: jus naturale, gentium et civile, weil es sogar die natürlichen Triebe, die Naturgesetze, unter denen das Individuum steht, als ein Recht auffasst.

1) gerade hinsichtlich des Vernunftrechtes ist offenbar, dass bei ihm Rechtsquelle und Erkenntnissquelle identisch sind.[1]) Dasselbe gilt auch

2) von dem positiven Gesetz; auch dieses setzt den Willen des Gesetzgebers voraus und lässt denselben nur erkennen, als Ausdruck desselben; denn so lange der Gesetzgeber seinen Willen nicht ausgesprochen hat, ist kein Gesetz vorhanden.

3) In Bezug auf die übrigen Formen des nationalen Rechtes, bei welchen man dialektisch so unterscheiden kann, wie v. Savigny that, ist aber diese Unterscheidung ohne praktischen Werth, wie namentlich bei dem Herkommen, weil hier die als sog. Rechtsquelle vorausgesetzten im Volksbewusstsein liegenden Rechtsideen in Wahrheit nicht eher als Norm gewusst werden, als bis sie durch eine Reihe historischer Thatsachen (facta, usus, mores) äusserlich, d. h. historisch erkennbar geworden sind. Dasselbe gilt, wie sich sogleich zeigen wird, auch vom Urtheil in allen den Fällen, wo es ohne positivrechtliche Grundlage gesprochen wird.

## §. 19.

### I. Das Urtheil.

Das Urtheil ist geschichtlich die älteste und natürlichste Form des positiven Rechtes. Bei allen Nationen ist es älter als Gesetz und Herkommen. Alle positive Rechtsbildung beginnt in casuistischer Form. Die Nothwendigkeit und Zulässigkeit des Urtheils schon über Verhältnisse, worüber noch kein Gesetz und kein Herkommen besteht, ergibt sich als Consequenz des Daseins einer socialen (genossenschaftlichen) Autorität (Familie, Volk) von selbst. Das Urtheil ist nämlich ein Syllogismus, die Subsumtion eines concreten Falles unter eine gültige Regel (§. 15). Die Regel braucht aber nicht vor dem Urtheil schon historisch positiv ausgesprochen zu sein, sondern sie kann auch wohl durch das Urtheil selbst zum ersten Male positiv erkennbar dargestellt werden (was oft der Fall ist) und wird dann durch den

[1]) Auch die Vernunft macht kein Recht, sondern erkennt es nur als in ihr liegend, mit ihr gesetzt an.

Ausdruck des Urtheils und seine Vollstreckung geltend für den einzelnen Fall.

Die ersten Urtheile werden bei allen Völkern ohne eine vorgängige positive Rechtsquelle, d. h. nach der naturalis ratio, nach der Vernunft, nach dem gemeinen Menschenverstande gesprochen,[1]) der sich überhaupt ursprünglich mit dem nationalen Rechtsbewusstsein identificirt (§. 16).

Dies Verhältniss hört auch bei der höchsten Civilisation und Rechtsbildung eines Volkes nicht auf, weil niemals Gesetz und Herkommen alle künftigen Fälle vorhersehen und erschöpfend im Voraus Normen dafür aufstellen können. Daher schreibt auch das canonische Recht in seiner berühmtesten Stelle, cap. 6. X. de judiciis (2, 1) vor, dass der Richter auf die rationabilis causa Rücksicht nehmen und danach seine Entscheidung geben soll, auch wenn keine Klage im positiven Recht ausdrücklich gegeben ist, und der Code Napoléon art. 4 bedroht den Richter mit der Strafe der Justizverweigerung, der unter dem Vorwande des Stillschweigens oder der Unzulänglichkeit des Gesetzes kein Urtheil sprechen würde.

Das Urtheil ist also, ebenso wie die älteste, so auch die neueste, täglich sich wiederholende, unentbehrliche Form des positiven Rechtes.[2]) Selbst wenn einmal die anderen positiven Rechtsquellen, Herkommen und Gesetz, vorhanden sind, werden die in diesen enthaltenen Rechtsgrundsätze doch immer nur durch Vermittelung des richterlichen Urtheils geltendes Recht im einzelnen Fall unter bestimmten Parteien. Das Urtheil vermittelt also wenigstens doch immer die Anwendung von Rechtsgrundsätzen in concreto, selbst wo es nicht mehr eigentliche positive Rechtsquelle, sondern nur Rechtsprechung, d. h. Anwendung einer anderen positiven Rechtsquelle ist.

Daher ist im praktischen Leben nur das ein wirklich geltendes Recht, was durch ein rechtskräftiges, d. h. unabänderliches

[1]) Luther und v. Rotteck haben die Ansicht ausgesprochen, dass alle Streitigkeiten nach dem gesunden Menschenverstande ohne positive Rechtsquelle entschieden werden könnten.

[2]) Schon wegen der vielen Controversen, die fast über jedes Gesetz und Herkommen zu entstehen pflegen.

Urtheil festgesetzt worden ist.[3]) Das Urtheil ist also das *A* und das *Ω*, der Ausgangspunkt und der Schlussstein der ganzen Jurisprudenz.

## §. 20.

### II. Das Herkommen.

Das Herkommen, die Gewohnheit, consuetudo, ist eine thatsächliche Uebung, usus, d. h. eine Reihe von Handlungen, wodurch die Mitglieder eines gewissen socialen Kreises (Familie, Volk etc.) ihre genossenschaftliche Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit einer gewissen Handlungsweise kund gegeben haben. Man kann dies auch so ausdrücken: Das Herkommen ist eine wiederholte thatsächliche Aeusserung der genossenschaftlichen Autorität über den Einzelnen,[1]) oder es ist das genossenschaftliche Rechtsbewusstsein, hervorgetreten in thatsächlicher Uebung.[2])

Erfordert wird also immer eine Reihe von Thatsachen, aus welchen man schliessen kann, dass, weil sie constant gleichmässig vorgenommen worden sind, sie auch in der Meinung rechtlicher Nothwendigkeit und Vernünftigkeit vorgenommen worden seien (sog. facta concludentia, conformia, rationabilia, opinione necessitatis peracta).

Unschlüssige Handlungen, sog. res merae facultatis, begründen also, ebenso wie unvernünftige, nie ein Herkommen, wenn sie auch in noch so grosser Zahl vorkommen. Die Zahl der erforderlichen concludenten Handlungen lässt sich nicht arithmetisch bestimmen. Es sind eben im einzelnen Falle so viele gleich-

---

[3]) Das einzelne Urtheil macht also Recht, „legem inter partes"; ist also eine specielle, keine allgemein verbindliche Rechtsquelle. — Auch in dem Gerichtsgebrauch, den Präjudicien, ist der Charakter der Urtheile als Rechtsquelle anerkannt; s. §. 20 a. E.

[1]) Das Herkommen hat daher immer einen republikanischen, volksthümlichen Charakter.

[2]) Da die Genossenschaft, der sociale Kreis möglicherweise ein sehr roher etc. sein kann, so kann auch das Herkommen ein unvernünftiges etc., sog. böse Gewohnheit sein; Beweis von unentwickeltem genossenschaftlichen Rechtsbewusstsein.

mässige Handlungen nachzuweisen, dass daraus der Schluss auf die opinio necessitatis gerechtfertigt ist.[3]) Namentlich ist wichtig, dass keine widersprechenden Handlungen (facta contraria) vorgekommen oder geduldet worden sind, bez. dass sie bestraft wurden.

Unter Gewohnheitsrecht (jus consuetudinarium) versteht man die Rechtsgrundsätze, welche sich aus den gedachten concludenten Handlungen folgern lassen. Es sind mithin die Thatsachen rückwärts betrachtet, die Erkenntnissquelle des Rechtsgrundsatzes, und einmal erkannt, — d. h. logisch aus den Thatsachen entwickelt — ist dieser Grundsatz positives Recht für die Zukunft (pro futuro). Somit wird der Rechtsgrundsatz zuerst gleichsam instinctartig geübt, bis er durch die Verstandesthätigkeit zum klaren Bewusstsein gebracht wird.

Es ist auch zur Bildung eines Herkommens oder Gewohnheitsrechtes kein Ablauf einer bestimmten Zeit (sog. Verjährungs- oder Ersitzungszeit) erforderlich, wenn dies nicht etwa ein bestimmtes Gesetz ausdrücklich vorschreibt; wohl aber gewinnt der logische Schluss auf das Dasein eines Gewohnheitsrechtes selbstverständlich an Stärke, je längere Zeit eine Gewohnheit bereits bestanden hat. Dies ist der Sinn von cap. 11. X. (1, 4) de consuetudine: „consuetudo legitime praescripta.“ [4])

Eine Unterart des Gewohnheitsrechtes ist der Gerichtsgebrauch, usus fori,[5]) autoritas rei judicatae, d. h. die Rechtsansicht, welche dadurch das Ansehen eines allgemein verbindlichen Rechtsgrundsatzes erlangt, dass sie bei einem Gerichte dessen Urtheilen constant zu Grunde gelegt worden ist. Es ist also der Gerichtsgebrauch eine Mischung von Gewohnheitsrecht und Urtheil. Namentlich ist dies klar, so lange das Gericht Volksgericht oder Schöffengericht ist. Durch den Gerichtsgebrauch wird nämlich der Inhalt eines Urtheils, welches an

---

[3]) Nach Umständen ist schon ein einzelner Fall, sog. Präcedenzfall, von grossem Gewicht; so namentlich im englischen Parlament.

[4]) Gewohnheit, consuetudo, erschafft ein Princip (Rechtsgrundsatz); Ersitzung aber gibt ein einzelnes Recht (Befugniss).

[5]) Mitunter bedeutet usus fori aber nur gewisse bei einem Gericht übliche Formen, Fristen u. dgl.

sich nur Recht unter bestimmten Parteien macht, zur Bedeutung eines Gesetzes erhoben. Der Gerichtsgebrauch war im alten deutschen Rechte sogar die Hauptform der Bildung des Gewohnheitsrechtes.

Die Bedeutung des Herkommens oder des Gewohnheitsrechtes tritt aber allmählich in den Hintergrund, sowie sich die Gesetzgebung entwickelt. Schon im römischen Rechte [6]) ist vom Kaiser Constantin ausgesprochen worden, dass eine consuetudo ebensowenig contra legem, als contra rationem gehen dürfe, was freilich das canonische Recht [7]) und die deutsche mittelalterliche Praxis nicht anerkannt haben. Der Code Napoléon dagegen erkennt das Herkommen oder die Gewohnheit als Rechtsquelle gar nicht mehr an.

Auch die Bedeutung des Gerichtsgebrauches war im römischen Rechte sehr eingeschränkt,[8]) denn es will ihn nur zulassen praeter legem, aber nicht contra legem, d. h. nur bei Stillschweigen oder Zweifelhaftigkeit des Gesetzes. In neuerer Zeit fängt die Gesetzgebung an, den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle ganz zu beseitigen, so z. B. der Code Napoléon art. 5, wonach kein Richter mehr durch sog. Präjudicien gebunden sein soll, während man in der deutschen Praxis auf dieselben bisher das grösste Gewicht legte.[9]) In der neueren Zeit zeigt sich aber ein Streben nach fortschreitender intelligenter Rechtsbildung auch durch die Gerichte, womit die Verbindlichkeit des Gerichtsgebrauches unverträglich ist.

## §. 21.

### III. Das Gesetz.

Das Gesetz ist ein wörtlicher, jetzt regelmässig schriftlicher Ausdruck dessen, was eine Nation für gültiges Recht anerkennt oder anzuerkennen hat, zu dem Zwecke, dass es von nun an

---

[6]) L. 2. Cod. quae sit longa consuetudo (8, 52).

[7]) Cap. 11. X. de consuetudine (1, 4).

[8]) Cf. L. 38. Dig. de Legibus (1, 3).

[9]) Uebrigens sammeln auch die Franzosen fleissig die Urtheile der Gerichtshöfe, namentlich des Cassationshofes, wenngleich sie nur doctrinelle Bedeutung haben.

das Geltende sei. Dies Letztere ist es darum, weil es durch die Autorität der obersten politischen Gewalt zu Stande kommt (von ihr ausgeht), sei dieselbe bei der Gesammtheit oder bei einer bestimmten Persönlichkeit.

Gesetze werden insbesondere nothwendig: [1])

1) Weil die Fortbildung durch Herkommen theils zu langsam ist, theils zweifelhaft sein kann;

2) Weil aus einem und demselben Rechtsprincip oft sehr verschiedene widersprechende logische Folgerungen gezogen werden und daher auch die Urtheile sich leicht widersprechen können; somit das Recht unsicher wird und durch Abschneidung (legislative Entscheidung) der Controversen entstehenden Streitigkeiten vorbeugen will;

3) weil die Vernunft nur Ideen, Principien, Grundsätze gibt, aber keine Modalitäten, z. B. Zahlen, Strafarten u. dgl., was Verstandessache, bez. Sache der Rechtspolitik, Zweckmässigkeitsfrage, ist.

4) Es soll das Gesetz auch eine verwilderte Sitte, böse Gewohnheit, corrigiren, bez. unvernünftiges Herkommen, Härten in der Rechtspflege, besonders im Strafrecht, aufheben, also das Vernünftige gegen die eingerissene Unvernunft zur Geltung bringen.

5) Das Gesetz soll insbesondere neuen Zuständen und Bedürfnissen Rechnung tragen und das noch Unbestimmte vorsorglich bestimmen, überhaupt das Alte mit dem Neuen ausgleichen und das unpassend Gewordene ausscheiden.

Seinem Wesen nach ist das Gesetz Rechtsbestimmung durch Willkür der politischen Autorität. [2])

Die Form, wie die legislative Willkür sich äussern kann, ist verschieden nach der politischen Organisation eines Volkes; also möglicher Weise:

---

[1]) Alle Gesetzgebung hinkt hinter der Erfahrung darein; sie fängt selbst in dem Augenblicke an zu veralten, wo sie publicirt wird.

[2]) Das Gesetz macht also das Recht; daher auch sog. Gelegenheitsgesetze, Ausnahmegesetze etc.

1) Befehl, Willkür, Verordnung einer als Gesetzgeber anerkannten Person;[3])

2) Abstimmung einer gesetzgebenden Volks- oder Abgeordneten-Versammlung, bez. Willkür einer Majorität.[4])

3) Dabei kann vorkommen, wie z. B. bei den gemischten Staatsformen, dass der Beschluss der Versammlung der Abgeordneten noch der Sanction eines Fürsten oder Präsidenten der Republik bedarf.

4) Auch kann ein Gesetz durch Vertrag zwischen politischen Factoren entstehen.

## §. 22.

## Entwicklung des Gegensatzes von Gesetz, Recht und Billigkeit.

Obschon jedes Gesetz seiner Entstehung nach willkürlich von einer politischen Autorität gemachtes Recht ist (§. 21), so will es doch stets Ausdruck eines vernünftigen Gedankens sein, bez. dafür gelten.

Die Anerkennung als Vernünftiges bleibt dem Inhalte des Gesetzes auch so lange gesichert, als es wirklich dem Volkscharakter, den Volkssitten, der Culturstufe und den Bedürfnissen des Volkes entspricht.[1]) Wenn aber eine Gesetzgebung diesen Zuständen von Haus aus nicht entspricht, oder diese sich verändern, bez. sich fortbilden, namentlich wenn die Humanität zunimmt, muss es dahin kommen, dass ein Gegensatz von Gesetz und besserem Volksbewusstsein, ein Widerspruch mit dem sittlichen Volksgeiste und den Zeitbedürfnissen u. s. w. empfunden wird.

Die Aufgabe der Gesetzgebungs-Politik ist es, die Gesetzgebung in Uebereinstimmung mit der fortschreitenden Bildung, Humanität, und insbesondere mit der Moralität zu erhalten und

[3]) Vgl. die französische Publicationsformel der älteren Zeit: „Car tel est notre plaisir."

[4]) Hierauf deutet die mittelalterliche Bezeichnung der städtischen Statute als Willküren.

[1]) Die Sitte ist das Mächtigste.

dafür zu sorgen, dass das Angemessene im einzelnen Falle ausgesprochen werde. Die Uebereinstimmung eines Ausspruches mit der Humanität und Moral heisst insbesondere Billigkeit, aequitas. Hierin liegt also der Begriff des der Moralität des Volkes und der Individualität des Falles Angemessenen.

So lange sich das Recht hauptsächlich durch Herkommen und Gerichtsgebrauch fortbildet (§. 20), tritt praktisch nicht leicht ein Gegensatz von Recht und Billigkeit hervor. Daher kommt es, dass man in einem engeren Sinne unter Recht oft nur das versteht, was sich (im Gegensatz von Gesetz) durch Herkommen als Norm gebildet hat.[2])

Insoferne es aber dahin kommt, dass das positive Gesetz seinem Inhalte nach als unvernünftig, unmoralisch oder hart — also antinational — empfunden wird, entsteht eben hiermit der Begriff von Unbilligkeit des Gesetzes, sog. jus iniquum im Gegensatze von jus aequum,[3]) und der darauf gebauten Urtheile.

Der Begriff der Unbilligkeit liegt nun eben darin, dass der Widerspruch eines Gesetzes oder Urtheils mit dem Moralischen und den Umständen, dem der Beschaffenheit des einzelnen Falles Angemessenen vom Volke unangenehm (missliebig) empfunden wird, und dann wird das Gesetz, resp. das darin wurzelnde Recht verhasst. Sowie eine solche Missliebigkeit einmal hervortritt, ist die Autorität des Gesetzes selbst schon in der Wurzel untergraben. Es kann sodann nicht ausbleiben, dass ein solches Gesetz entweder bald in Nichtgebrauch (desuetudo) durch Umgehung und dergl. kommt, oder förmlich aufgehoben wird.

Mitunter kommt ein solches Gesetz gleich anfänglich nicht zur vollen Anwendung, wegen Widerstandes der öffentlichen Meinung.

In Rom hatte man eine eigene Magistratur, den Praetor, um das Recht durch seine Edicte in Uebereinstimmung mit der fortschreitenden Humanität u. s. w. fortzubilden, bez. der Billigkeit neben dem strengen Rechte zur Geltung zu verhelfen. In

---

[2]) So z. B. in der Formel: „nach Gesetz und Recht"; „nach Recht und Billigkeit."

[3]) So nannten die Römer die XII Tafeln: „finis aequi juris."

England bestehen noch besondere Billigkeitsgerichtshöfe (courts of equity) und in Deutschland und Frankreich muss das richterliche Ermessen (arbitrium judicis), das auch schon im römischen Rechte wurzelt und in der alten deutschen Schöffenverfassung eine Hauptrolle spielte, die Function zur Gewährung der Billigkeit übernehmen. Auch die Jury hält sich überall für befugt, Billigkeit zu berücksichtigen, sog. mildernde Umstände, oder sie spricht überhaupt das Schuldig nicht aus.

## §. 23.
## Verhältniss von strengem Recht (jus commune s. strictum) und Sonderrecht (jus singulare, privilegium).

Wo die Billigkeit (aequitas) einmal als Gegensatz des gesetzlichen Rechtes zum Bewusstsein gekommen ist, da tritt sie neben diesem stets mit der möglichsten Schonung seiner Autorität auf und will nur gleichsam als eine casuistische Ausnahme von der strengen Regel gelten.[1])

Sie will die Individualität des Falles mit dem allgemeinen Princip ausgleichen,[2]) ist aber eben darum in Bezug auf den einzelnen Fall stärker als das Gesetz, weil sie dieses für diesen Fall bei Seite stellt. Hieraus erklärt sich auch die mildere Rechtssprache des römischen Prätors, der für seine Billigkeitsinstitute eigene Namen erfand, um formell der Lex nicht zu nahe zu treten.

Es ergibt sich demnach von selbst ein Gegensatz des Rechtes, welches streng logischer, consequenter Ausfluss des Rechtsprincips ist (sog. strenges Recht, jus strictum, jus commune im logischen Sinne) und eines Rechtes, welches als Ausnahme von der juristischen Consequenz, besonders aus moralischen, politischen oder Humanitätsrücksichten gelten will (sog. Sonderrecht, jus singulare, aequitas, Billigkeit u. dergl.).

Als Gegensatz des strengen Rechtes ist die Billigkeit ein

---

[1]) An sich ist jede Ausnahme eine zweite Regel, welche in gewissen Fällen anstatt der ersten Regel Platz greift. Danach will die Billigkeit eine zweite mildere Regel sein.

[2]) So z. B. die Begnadigung im Strafrecht.

Unrecht, welches aber von der Nation nicht als solches empfunden, sondern gutgeheissen und als Humanität empfunden wird; daher sich ein Missbehagen zeigt, wo die Billigkeit nicht berücksichtigt wird. Daher die Ausdrücke über solche Nichtberücksichtigung: „Summum jus, summa injuria"; und: „fiat justitia, pereat mundus."

Dabei ist aber nicht zu übersehen, dass, was dem Einen vortheilhaft ist, häufig einem Andern nachtheilig, odiosum, sein kann.[3]) Es ist sogar möglich, dass ein Sonderrecht demjenigen in gewisser Beziehung odiosum ist, dem es in anderer Beziehung favorabile und absichtlich zu seinen Gunsten ihm gegeben ist; so z. B. konnte zu der Zeit, wo noch die Wechselhaft gemeinrechtlich war, die Befreiung einer Person von derselben deren Creditlosigkeit zur Folge haben.[4]) Es ist daher bei der Einführung von Sonderrechten immer grosse legislative Vorsicht nöthig, damit der Vortheil nicht durch den Nachtheil aufgewogen wird.

Da das Gesetz — als ausgehend von der Willkür des Gesetzgebers (§. 21) — auch Alles thun kann, was das Herkommen und die Volkssitte aus innerer Nothwendigkeit thun, so kann auch das Gesetz selbst die aequitas berücksichtigen, nämlich den Gegensatz von jus strictum und jus singulare in sich selbst produciren, d. h. populär ausgedrückt, Ausnahmen von seinen eigenen strengen Rechtsgrundsätzen machen. Hierdurch ensteht sodann der Begriff von privilegium oder Freiheiten im Sinne des deutschen Rechtes. Insbesondere heisst das privilegium „beneficium legis", wenn es die mildernde Function der Volkssitte selbst übernimmt; so z. B. im römischen Rechte die Entschuldigung der minores, milites, rustici und Frauen bei error juris u. s. w. Man unterscheidet privilegia favorabilia und odiosa, je nachdem

---

[3]) Daher sollen nach der L. 7 Cod. de precibus imperatori offerendis kaiserliche Rescripte nur gelten, wenn sie eine Begnadigung enthalten, oder etwas gewähren, „quod prosit petenti, et alteri non noceat."

[4]) Aehnlich das SC. Vellejanum, Macedonianum; die akademischen Credit-Edicte.

die Person, für welche das Sonderrecht zunächst eingeführt ist, davon Vortheile oder Nachtheile hat.

Privilegien können übrigens sowohl durch Gesetz ganzen Classen von Personen, wie auch durch Verordnungen einzelnen Personen, Corporationen und Gütern gegeben werden. Das Uebermaass von Privilegien der letzteren Art führt zur Vernichtung des gemeinen Rechtes und dann entsteht naturgemäss eine Bewegung, um die Aufhebung der Privilegien herbeizuführen.

Privilegia odiosa hat man schon seit längerer Zeit nicht mehr für zulässig erachtet. Die neuere Zeit will auch die privilegia favorabilia möglichst beseitigen. Namentlich verlangt man die Abschaffung der speciell ertheilten Privilegien, Monopole,[5]) zum Theil sogar der beneficia legis[6]) der Frauen, Soldaten oder rustici wegen error juris, des SC. Vellejanum und der Authentica si qua mulier, des SC. Macedonianum, der exceptio non numeratae pecuniae, der akademischen Credit-Edicte, der L. Anastasiana, des beneficium competentiae, des Verbotes des Anatocismus, des Bezuges von Zinsen ultra alterum tantum u. s. w.; oder man verlangt Umwandlung bisheriger Sonderrechte in jus commune, wie Ausdehnung der Wechselfähigkeit auf alle Dispositionsfähigen.

Dergleichen beneficia legis, wie die vorgenannten, sind schon längst im Code Napoléon und werden jetzt immer häufiger in den neuen Gesetzgebungen aufgehoben.

In dieser neuen Richtung liegt allerdings ein Rückschritt der Humanität, aber die Aufhebung wird für nothwendig erachtet aus Rücksicht auf den Verkehr (commercium), welcher solche Beschränkungen als unverträglich mit dem Credit erscheinen lässt, welcher auf der Ueberzeugung der Gläubiger von der Möglichkeit einer celerrima executio des Schuldners beruht.

---

[5]) Man ertheilt nur noch ausnahmsweise Erfindungspatente für eine gewisse Zeit und nur durch förmliches Gesetz.

[6]) Siehe oben S. 75; nur die beneficia legis zu Gunsten der minores lässt man noch bestehen.

## §. 24.
## Umbildung des ursprünglichen Verhältnisses von subjectivem und objectivem Rechte durch die Entstehung des positiven Gesetzes.

Der Zweck aller Gesetzgebung ist, äusserlich erkennbare Regeln über den Gebrauch des subjectiven Rechtes, der Befugniss, aufzustellen. In Folge hiervon kehrt sich das ursprüngliche Verhältniss (§. 6. 7) von subjectivem und objectivem Rechte um. Hiernach tritt das Gesetz — das Recht im objectiven Sinne — an die Spitze des Systems, und aus ihm fliessen sodann für das positive Recht die Verbindlichkeiten und Befugnisse, d. h. das subjective Recht.

## §. 25.
## Von der Ausdrucksweise des positiven Gesetzes. Jus cogens und jus permissivum.

Das im §. 24 erwähnte Verhältniss des positiven Gesetzes zur Befugniss und zur Verbindlichkeit tritt auch in der Ausdrucksweise der positiven Gesetze selbst hervor.

Jedes positive Gesetz ist nämlich seinem Wesen nach Ausdruck einer rechtlichen Nothwendigkeit (§. 7. 8), jus a jubendo dicitur. Daher enthält ein jedes positive Gesetz ein sog. jus cogens, d. h. es spricht eine erzwingbare Verbindlichkeit aus, und je nachdem die Verbindlichkeit affirmativ oder negativ ist, nennt man es ein gebietendes oder verbietendes Gesetz (jus praeceptivum, prohibitivum).

Das positive Gesetz gebraucht aber sehr häufig der Kürze und Deutlichkeit wegen eine Sprachform, welche dem philosophisch primitiven, d. h. dem subjectiven Rechtsbegriff (§. 6) entspricht, indem es oft geradezu ein Dürfen, eine facultas, Befugniss, ausspricht, also etwas erlaubt. Diese sog. erlaubenden Gesetze (jura permissiva) sind aber im Wesen keine besondere Art von Gesetzen, sondern enthalten stets ein jus cogens, in specie jus prohibitivum; denn indem dem Einen eine Befugniss ertheilt wird, ist implicite dem Andern verboten, ihn am Gebrauche der-

selben zu hindern. Die erlaubende Wortform wird aber gewählt, wo es darauf ankommt, Schwerfälligkeit des Ausdrucks zu vermeiden.

Ist der Gebrauch der Befugniss ohne Beschränkung gestattet, so nennt man das Gesetz jus absolute permissivum; sind aber dabei gewisse Voraussetzungen oder Formen zu beobachten, so heisst es jus secundum quid permissivum.

## §. 26.
### Verhältniss des positiven Rechtes zum Vernunftrechte.

Das positive Recht, als das historisch in einem gewissen socialen Kreise geltende Recht, hebt niemals das Vernunftrecht als das allgemein gültige, d. h. geltungswürdige Recht auf. Hieraus folgt:

1) Das positive Gesetz, desgleichen das Herkommen oder ein Urtheil kann nie etwas zum Rechte in abstracto machen, was an sich unvernünftig ist; ein Herkommen, Gewohnheit, kann sogar überhaupt nur unter der Voraussetzung Geltung haben, dass die consuetudo rationabilis ist (§. 20).

2) Das Vernunftrecht hat in jedem Staate Anspruch praktisch zu gelten, soweit seine Anwendung nicht durch eine positive Rechtsquelle ausgeschlossen ist, die Vernünftigkeit — alles logisch Richtige — zum Wesen des Menschen als immanente Qualität gehört und alles positive Recht selbst nur Ausdruck des Vernünftigen sein will. Mit Unrecht hat man mitunter[1]) geläugnet, dass das Vernunftrecht in einem Staate praktisch zur Geltung kommen könne; denn wenn man sich darauf stützt, dass es ein jus incertum sei, resp. nur auf subjectivem Dafürhalten beruhe, Jeder etwas Anderes dafür ausgeben könne, so ist dies ein Vorwurf, welcher eben sowohl alles positive Recht trifft, denn alle Gesetze kommen auch nur vermittelst der Subjectivität des Richters und nach seiner individuellen Auffassung zur Anwendung, und eben daher gibt es im positiven Rechte sicher noch weit mehr Streitfragen (Controversen), als im Ver-

---

[1]) Z. B. v. Savigny.

nunftrechte. Der andere Einwand, dass im Staate, weil er ein positiver historischer Zustand sei, auch nur positives Recht gelten könne, ist schon oben §. 16 besprochen worden. Ueberdies hat nicht nur das römische Recht vielfach auf die naturalis ratio verwiesen, sondern es ist im canonischen Recht [2]) ausdrücklich die Anwendbarkeit des jus naturale, welches gleichsam lex divina sei, ausgesprochen. [3])

3) In Bezug auf das praktische Leben kann das positive Gesetz das Vernunftrecht entweder anerkennen und bestätigen, oder erweitern, oder beschränken, oder ganz aufheben, oder auch etwas vorschreiben, was nach der Vernunft ausserwesentlich oder gleichgültig, aber zweckmässig, also nur Verstandessache ist, wie z. B. Formen der Rechtsgeschäfte, Zahlen, Strafarten.

Je nachdem nun das positive Recht die praktische Geltung des Vernunftrechtes ganz aufhebt, oder Neues erfindet, oder Ausserwesentliches als Nothwendiges vorschreibt, entsteht der Begriff von reinem Civilrecht, jus civile merum und obligatio mere civilis. Im umgekehrten Falle, wenn und soweit das positive Recht sich dem Vernunftrecht anschliesst, entsteht der Begriff von jus civile mixtum und obligatio mixta.

## §. 27.
## Verhältniss des positiven Rechtes zur vernunftrechtlichen Verbindlichkeit insbesondere.

Aus dem §. 26 erörterten Verhältnisse des positiven Rechtes zum Vernunftrechte ergibt sich, dass eine Verbindlichkeit, die schon im Vernunftrechte wurzelt (obligatio naturalis im philosophischen Sinne), und welche in diesem eine vollkommene Verbindlichkeit (obligatio perfecta) ist, durch das positive Recht eine dreifache Modification erleiden kann:

---

[2]) Cap. 11. X. de consuetudine (1, 4).

[3]) Wenn v. Savigny subsidiär eine sog. Rechtsanalogie (Analogie aus dem Gesammtgeiste eines gewissen positiven Rechtes) neben der Gesetzesanalogie (Analogie eines einzelnen Gesetzes) zulassen will, so ist damit das philosophische Recht, nur unter einem andern Namen, doch auch zugelassen.

1) entweder wird sie im positiven Rechte auch als vollwirkend anerkannt; dann heisst sie obligatio efficax; oder

2) es wird ihr nur eine unvollständige (theilweise) Rechtswirkung beigelegt, dann heisst sie obligatio restricta; oder

3) es wird ihr im positiven Rechte die Anerkennung ganz entzogen, dann heisst sie obligatio reprobata.

Ueber die Behandlung der vernunftrechtlichen obligationes perfectae besteht nun eine grosse Verschiedenheit im römischen Rechte und im canonischen und germanischen Rechte, welchen Letzteren sich das positive Recht der modernen civilisirten europäischen Völker anschliesst.

Das römische Recht behandelt nämlich in der Regel, d. h. sofern es nicht ausdrücklich etwas Anderes verordnet, alle vernunftrechtlichen obligationes nur als restrictas. Daher kommt, dass im römischen Rechte der Ausdruck obligatio naturalis nur im Sinne von obligatio restricta gebraucht wird. Daher producirt im römischen Rechte eine obligatio naturalis keine actio, sondern nur eine exceptio. Das neuere römische Recht fühlte es aber selbst schon, dass es zu eng ist, wenn man obligationes efficaces nur da annehmen will, wo das Civilrecht ausdrücklich eine actio gegeben hat. Daher half der Praetor hier nach durch die Ertheilung einer actio in factum praescriptis verbis, oder actio utilis, wo er einen genügenden Grund für die Klagbarkeit anerkannte.

Das deutsche Recht und das in dieser Beziehung ihm nachgebildete canonische Recht[1]) und die Rechte aller modernen Völker betrachten aber umgekehrt alle vernunftrechtlichen obligationes perfectas in der Regel als efficaces, d. h. als klagbar.[2])

Das französische Recht hat nicht einmal mehr den Ausdruck obligatio naturalis.

Der Grund dieser Verschiedenheiten liegt darin, dass die Römer ursprünglich ein sehr engherziges, steifes, erst allmählich durch den Praetor erweitertes Klagensystem hatten. Das ger-

---

[1]) Cap. 6. X. de judiciis (2, 1).

[2]) „Implorate officium judicis, nolite quaerere, an actio sit prodita, sed an sit rationabilis causa.“

manische und das canonische Recht wissen aber von Haus aus nichts von einer Beschränkung auf actiones nominatas im römischen Sinne und hatten nie dergleichen actiones. Es kommt also heutzutage, wie das canonische Recht ausdrücklich sagt, nur darauf an, ob eine rationabilis causa vorhanden ist, aus der man ein Klagerecht ableiten kann.

## §. 28.

## Eintheilung des subjectiven Rechtes nach Form und Inhalt. Gegensatz des formellen und des materiellen Rechtes.

Das Recht im subjectiven Sinne oder die Befugniss (§. 6) kann betrachtet werden:

1) im Allgemeinen, formell, in abstracto, und

2) in specieller Beziehung zu einem Gegenstande, materiell.

1) Betrachtet man das subjective Recht, die Befugniss, in abstracto, d. h. abgesehen von dem möglichen Inhalt, dem Gegenstande der Befugniss, so erscheint das Recht als etwas bloss formelles, nämlich als eine blosse Form des Handelns gegen Andere und diese Form ist immer Zwang, daher formelles Recht und Zwangsbefugniss (§. 6) im philosophischen Sinne immer identisch ist. Das formelle Recht als Befugniss in abstracto ist also seiner Idee nach unter allen Verhältnissen immer dasselbe und also eine Zwangsbefugniss der andern vernunftrechtlich vollkommen gleich. Eben daher hat auch das formelle Recht im philosophischen Sinne keine Unterabtheilungen. Daher besteht auch unter allen Menschen von Haus aus formelle Rechtsgleichheit in dem Sinne, dass Jeder die Rechte, die er hat, wirklich geltend machen darf. Sodann ist es in der Civilisation Aufgabe des Staates, die formelle Rechtsgleichheit gegen ungerechte Gewalt aufrecht zu erhalten und besondere Formen des rechtlichen Zwanges, Klagen, Einreden u. s. w., überhaupt ein Processverfahren zur Verhütung der rohen Selbsthülfe einzuführen.

2) Der Umfang des Rechtes, das quid in concreto, oder der Inhalt der einzelnen Befugnisse ist aber verschieden nach ihrem Gegenstande, sog. Objecte, Materien, d. h. nach den Interessen,

welche in der Form des Rechtes geltend gemacht werden können, und worauf sich also die Befugnisse beziehen. Somit ist das materielle Recht nichts Anderes als die in concreto gegenständlich bestimmte Befugniss. Das materielle Recht ist naturgemäss so verschieden und ungleich, wie die Interessen oder möglichen Gegenstände des Rechtes. Es erhellt also von selbst, dass formelle Rechtsgleichheit und materielle Rechtsungleichheit sich keineswegs gegenseitig ausschliessen, sondern sich gegenseitig bedingen.[1])

Der Begriff des formellen Rechtes wird im positiven Rechte mehrfach modificirt; nämlich

1) insoferne die Befugniss im positiven Rechte regelmässig nur in gewissen Formen (actiones, exceptiones u. s. w.) ausgeübt werden kann, so geht das formelle Recht im Staate über in das sog. jus actionum, Processrecht.

2) Formelles Recht heisst im Staate auch dasjenige, was nur dann entsteht, wenn gewisse Geschäfte in gewissen Formen, Förmlichkeiten, Solennitäten, errichtet worden sind, z. B. Testamente, Enterbungen, stipulationes, Wechsel u. s. w.

3) Insoferne bei entstandenen Rechtsstreitigkeiten im Staate nur dasjenige praktisch durchgesetzt werden kann, was in einem rechtskräftigen gerichtlichen Urtheil ausgesprochen worden ist, so versteht man unter formellem Rechte im engsten Sinne eben das urtheilsmässig rechtskräftig festgestellte Recht.

Der Begriff des materiellen Rechtes bleibt im positiven Rechte unverändert. Nur eine Nebenbedeutung tritt noch hinzu; man versteht nämlich unter materiellem Rechte häufig insbesondere das wahre, wirklich der Individualität des Falles und den Gesetzen oder anderen einschlägigen Rechtsnormen entsprechende Recht, welches den Inhalt eines jeden gerichtlichen Urtheiles, d. h. den Inhalt des formellen Rechtes in der oben angeführten dritten Bedeutung bilden soll, möglicher Weise aber wegen einer irrigen Auffassung des Richters u. dgl. oder ob contumaciam einer Partei etc. nicht bildet.

---

[1]) Jus omnibus idem, sed jura diversa. — In diesem Sinne ist Hegel, §. 49, zu verstehen: „was und wie viel ich besitze, ist eine rechtliche Gleichgültigkeit“; nämlich in Bezug auf das formelle Recht.

## §. 29.
## Eintheilung des materiellen Rechtes in Privatrecht und genossenschaftliches Recht.

Das materielle Recht zerfällt in zwei Haupttheile, so wie die Interessen, welche ihm zu Grunde liegen.

Rechtsphilosophisch sind zu unterscheiden:

1) Die Befugnisse, welche schon unter der Voraussetzung der einfachen Socialität dem Individuum zustehen, die also nur die individuellen Interessen zum Gegenstande haben, also das Recht der Individualität, nach römischem Ausdruck jus privatum,[1]) quod ad singulorum utilitatem spectat. Als nur individuelle Interessen betreffend ist das Privatrecht also implicite das Recht, worüber Jemand zu Gunsten eines Andern verfügen (disponere), bez. verzichten kann, d. h. Inbegriff individueller Dispositionsbefugnisse. Daher ist der Begriff des Privatrechtes im positiven Rechte ein relativer, d. h. es hängt von der Gesetzgebung ab, was der Disposition der Einzelnen überlassen sein soll.

2) Den Gegensatz bilden logisch die Befugnisse, welche durch die Existenz genossenschaftlicher Zustände (corporativer Verbindungen) entstehen, d. h. die Gesammt-Interessen eines gewissen geschlossenen socialen Kreises zum Gegenstande haben, also das genossenschaftliche oder Corporations-Recht.

## §. 30.
## Eintheilung des Privatrechtes.

Das Privatrecht ist logisch seinem Inhalte nach zweifach:

1) Recht an Sachen (jus rerum); und

2) Recht an Personen, Forderungsrecht (jus obligationum).

Die älteren Rechtsphilosophen theilten das Privatrecht meistens in drei Theile, mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Inhaerenz, der Dependenz und der Communion. Dadurch kamen sie, ähnlich wie das römische Recht, zur Unterscheidung von Personenrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht.

---

[1]) Hegel, §. 46: „Privatrecht ist, wo der Wille als persönlicher d. h. als einzelner erscheint.“

Inhaerenz nannte man, was mit der Person zusammenhängt, sie mit bildet, wie der menschliche Körper.

Dependenz bedeutet, dass man durch seinen Willen und seine Handlung auf etwas ausserhalb der Person Existirendes, d. h. auf körperliche Gegenstände, Sachen, einwirken, sie in Abhängigkeit von sich bringen, sie mit sich verbinden kann.

Communion bedeutet, dass etwas allen Menschen gemein ist. Dies ist die Willensfreiheit, auf deren Gebrauch das Forderungsrecht beruht.

Diese Eintheilung hat den Fehler, dass sie das Recht der Inhaerenz, das jus personae, d. h. das abstracte, nur formelle Recht der Persönlichkeit, welches den Gegensatz zum gesammten materiellen Rechte, also auch zum Privatrechte bildet (§. 32), mit den zwei Haupttheilen des Privatrechtes, dem Sachenrecht und dem Obligationenrecht, auf eine Linie stellt, während es einen Gegensatz zu beiden bildet.

Das römische Recht unterscheidet vier Rechtstheile, jus personarum, rerum, obligationum et actionum. Dabei begreift sein jus personarum nicht nur das Recht der abstracten Persönlichkeit, das Recht der Inhaerenz oder formelle Recht (§. 32), sondern mischt schon einen Theil des genossenschaftlichen Rechtes, nämlich das Familienrecht ein.

## §. 31.
## Eintheilung des genossenschaftlichen (corporativen) Rechtes.

Das Recht der genossenschaftlichen oder corporativen Zustände hat so viele Abstufungen, als es mehr oder minder umfassende geschlossene sociale Kreise gibt. Im Allgemeinen sind zu unterscheiden:

1) das Familienrecht, Recht der Familiengenossenschaft, und

2) das völkerschaftliche oder politische Recht, nämlich jus publicum, öffentliches Recht (quod ad utilitatem reipublicae spectat) mit seinen Unterarten: Völkerrecht, Staatsrecht, Gemeinderecht.

Wo historisch noch andere Genossenschaften entstehen, haben sie alle selbstverständlich ein besonderes genossenschaftliches

Recht; so z. B. gibt es ein Kirchenrecht, Zunftrecht, Ritterrecht, Adelsrecht u. s. w.

Da im historischen Leben das Familienrecht regelmässig früher oder später unter die Staatsgesetzgebung gezogen wird und die Familie dadurch mehr oder minder ihren ursprünglichen corporativen Charakter verliert, so wird es im positiven Rechte gewöhnlich auch als ein Theil des Privatrechtes behandelt; so z. B. im römischen jus personarum (§. 30).[1] Der Begriff von jus publicum bleibt aber stets zur Bezeichnung der genossenschaftlichen Rechte, welche durch das Dasein politischer Interessen eines grösseren Kreises bedingt sind.

---

# II. Hauptstück.

# Das formelle Recht.

## §. 32.

### Die Persönlichkeit.

Sowie das formelle Recht, die Befugniss in abstracto, als Prädicat eines Sinnenwesens in concreto gesetzt wird, so ist hiermit auch der Begriff von Persönlichkeit gesetzt, d. h. ein Sinnenwesen ist dadurch Person oder Subject, dass ihm Rechte (Befugnisse) in abstracto zukommen.

Die Persönlichkeit ist also ein Zustand, status, d. h. eine Thatsache; nämlich die Thatsache des individuellen Daseins als Rechtssubject (= Subject der Vernunft und Freiheit), und somit liegt hierin auch der allgemeine Grund (titulus generalis) der ganzen weiteren materiellen und speciellen Rechtserwerbung. Hier wirkt also die Geburt als Mensch mit, denn nur durch das natürliche Element, den menschlichen Körper, wird der vernünftige Geist (Wille) in der Erscheinung wirkungsfähig.

---

[1]) Auch das Adelsrecht, Zunftrecht etc. wird allmählich unter die Staatsgesetzgebung gezogen und dann als Theil des Privatrechts behandelt.

Der römische Ausdruck für Persönlichkeit ist caput.[1])

Das Recht der Persönlichkeit ist die Consequenz der Thatsache des Daseins als vernünftiges Wesen in der Sinnenwelt.

Person sein, ist soviel als Rechtssubject sein, und dies ist von Natur jeder Mensch als solcher.

Im positiven Recht bezeichnet man die Persönlichkeit als Rechtsfähigkeit, weil sie die Voraussetzung jeder speciellen Rechtserwerbung ist. In Wahrheit ist aber die Persönlichkeit nicht bloss Rechtsfähigkeit, sondern selbst schon (formelle) Rechtszuständigkeit.

Das historische Recht hat am Begriff der Persönlichkeit mancherlei modificirt. So z. B. wird im römischen Rechte bei dem Sclaven (mancipium) die Persönlichkeit ganz negirt. Der Mensch als solcher ist also hier nichts; der Sclave ist nur Sache, und dies ist überall so, wo Sclaverei besteht.

Im alten deutschen Recht gab es mehrfache Abstufungen von Beschränkungen der Freiheit, also der Persönlichkeit, wie Hörigkeit, Leibeigenschaft, ritterliche Ministerialität.

Das römische Recht unterschied drei status: libertatis, familiae et civitatis, als drei Formen der Rechtszuständigkeit.[2])

Die neuere Zeit hat nun auf der Grundlage des Christenthums[3]) die Ansicht aufgenommen, dass alle Sclaverei, Hörigkeit u. s. w. unmoralisch und vernunftrechtswidrig und also aufzuheben ist.[4])

## §. 33.

### Absolutes (unveräusserliches) Recht, sog. Urrecht, und hypothetisches Recht.

Da die Persönlichkeit (die Eigenschaft als Rechtssubject) dem Menschen von Geburt aus zukommt, so bezeichnet man sie

---

[1]) Hegel, §. 34, erklärt die Persönlichkeit als Unmittelbarkeit des an und für sich freien Willens als einzelner in der Besonderheit.

[2]) Heutzutage kann man sagen, da sich libertas von selbst versteht: Familien-, Gemeindebürger- und Staatsbürgerstand.

[3]) Der Apostel Paulus ermahnt noch die servos zum Gehorsam gegen ihre Herren.

[4]) Hegel, §. 36: „Sei eine Person und respectire auch die Andern als Personen!“

auch als absolutes, angeborenes Recht oder Urrecht. Im Gegensatze hiervon ist jede materielle Rechtserwerbung ein sog. hypothetisches, d. h. nur unter gewissen Voraussetzungen zuständiges Recht; Rechtserwerbung erfordert daher eine besondere Erwerbsart, sog. modus acquirendi, d. h. eine den Erwerb vermittelnde Thatsache, mitunter auch noch einen besonderen Rechtsgrund (titulus specialis) neben dem titulus generalis (§. 32).

Im Gegensatze zu dem hypothetischen Rechte, insbesondere zum Privatrechte, ist das Urrecht der Persönlichkeit ein unveräusserliches Recht[1]) schon darum, weil es seiner Beschaffenheit nach in keiner Weise an einen Andern übertragen werden kann; auch braucht es keiner vom Andern zu erwerben, weil jeder es selbst hat.

Etwas Anderes als eine Veräusserung der Persönlichkeit ist die Erlaubniss, welche Jemand einem Andern ertheilen kann, seine Persönlichkeit, sein Urrecht, an ihm zu verletzen, z. B. ihn zu tödten, ihn zu schlagen etc.[2]). In dieser Beziehung gilt naturrechtlich der Satz: „Volenti non fit injuria." Dabei wird es aber freilich auf Seite des Andern unmoralisch sein, wenn er von einer solchen Erlaubniss Gebrauch macht. Die positive Gesetzgebung macht meistens eine Unterscheidung, je nachdem es sich nur um gefährliche Handlungen, die an sich nur unter den Begriff von Verbal- oder Realinjurien[3]) fallen, handelt, oder um schwerere Fälle, wie Tödtung eines Menschen auf sein Verlangen.

Die Frage, ob Jemand befugt ist, seine Persönlichkeit selbst zu verletzen, z. B. sich selbst zu verstümmeln oder sich selbst zu tödten, ist keine Rechtsfrage, weil Niemand mit sich selbst in Rechtsverhältnissen steht, sondern es kann dies nur eine Frage

---

[1]) Wo dagegen Sclaverei u. dergl. bestand, liess man freiwillige Ergebung in dieselbe zu; dies ist jetzt unstatthaft.

[2]) Im J. 1868 machte Einer in Zeitungen das Anerbieten, gegen ein Capital sein Leben einem Engländer oder Russen zur Disposition zu stellen, sich zu dessen Vergnügen von einem Felsen herabzustürzen etc.

[3]) Dergleichen Injurien werden ohnehin nur auf Antrag des Beleidigten verfolgt. Hat einer die Erlaubniss dazu gegeben, so fällt eben hiermit der Begriff der Injurie hinweg.

der Moralität, oder geistiger oder körperlicher Krankheit sein. Die Sinnlosigkeit der früheren Sitte, den Selbstmord an dem Todten zu bestrafen[4]), ist jetzt allgemein anerkannt. Dagegen bestraft der Staat Selbstverstümmelungen, die in der Absicht vorgenommen werden, sich zum Militärdienste unfähig zu machen.

## §. 34.

### Inhalt des Urrechtes der Persönlichkeit. Aufzählung der sog. Urrechte.

Es gibt eigentlich nur ein einziges angeborenes Recht oder Urrecht, nämlich das Urrecht der Persönlichkeit. Diese lässt sich aber nach verschiedenen Beziehungen betrachten, und daher nennt man ihre einzelnen Aeusserungen oder Wirkungen insgemein die Urrechte, Menschenrechte, droits de l'homme der französischen Revolution.

Dahin rechnet man:

1) das Recht auf absolute Ehre;

2) das Recht der Selbsterhaltung;

3) das Recht auf sociale Gleichheit und Freiheit;

4) das Recht der Erwerbfähigkeit in Bezug auf Sachen (Besitz- und Eigenthums-Fähigkeit);

5) das Recht der Vertragsfähigkeit.

Mitunter führte man früher noch an:

a) das Recht auf Anerkennung der Staatsfähigkeit und

b) das Recht der Kirchenfähigkeit.

Allein diese Rechte liegen schon in dem Begriffe der socialen Freiheit.

## §. 35.

### Allgemeiner Charakter der Verbindlichkeit, welche dem Urrechte der Persönlichkeit entspricht.

Die Verbindlichkeit, welche dem Rechte der Persönlichkeit correspondirt, kann, weil es sich hierbei nur um formelles Recht

[4]) Z. B. durch Hinausschleifen auf einer Kuhhaut. — Die katholische Kirche verweigert aber das kirchliche Begräbniss, wenn der Selbstmord nicht Folge von Krankheit, Geistesstörung ist.

handelt, nur einen negativen Charakter haben; d. h. sie besteht nur in der Verpflichtung zur Unterlassung von Eingriffen in die Rechtssphäre der Person. [1]) Es ist daher Niemand von Haus aus zu positiven Handlungen gegen Andere verpflichtet. Eine derartige Verpflichtung könnte nur durch eine specielle Erwerbsart begründet werden (§. 33) und gehört daher dem hypothetischen oder materiellen Rechte an.

## §. 36.

## Von den einzelnen Urrechten insbesondere.

### I. Das Recht auf absolute Ehre.

Der sittliche Werth des Menschen, die sog. Menschenwürde, besteht darin, dass er sich als Subject der Vernunft und Freiheit begreift, daher also die Vernunftgesetzgebung für sich als verbindlich anerkennt und fähig ist, durch Selbstbestimmung vernünftig zu handeln. Unter der Ehre des Menschen versteht man nun die Anerkennung der Menschenwürde des Individuums durch die Mitmenschen. [1])

Ein Recht auf Anerkennung der Menschenwürde kommt jedem Individuum ohne Weiteres zu, in dem Sinne, dass Jeder befugt ist, zu verlangen, dass ihm diese Eigenschaft nicht abgesprochen werde, und dass sich also Niemand gegen ihn eine Handlung oder Aeusserung erlaube, wodurch sein sittlicher Werth geläugnet oder verdächtigt wird, so lange er nicht den Anspruch hierauf selbst durch unsittliche oder rechtswidrige Handlungen verwirkt hat. [2])

Man nennt dieses Recht auf Ehre das Recht auf absolute Ehre, weil es jedem Menschen von Geburt aus zukommt, bez. nicht erst erworben zu werden braucht. Das positive Recht er-

---

[1]) Neminem laede!

[1]) Vergl. Schwabenspiegel, Vorrede, von der dreifachen Würde des Menschen, nach der Genesis, I. v. 26—30, und Psalm, VIII. v. 6—9; — Formulae Salisburg. Saec. IX. und Constitut. regni Siciliae a. 1231; s. Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl. Bd. I. §. 32. XIV. p. 166.

[2]) Daher die Zulässigkeit der exceptio veritatis gegen die Anschuldigung einer Verläumdung; aber nicht bei bloss formalen Injurien.

kennt diese absolute Ehre unbedingt an, und hierauf beruhen die Rechtsregeln:

1) „Quilibet habendus est justus, donec probetur injustus;"
2) „Actoris est probare;" und
3) „In dubio pro reo sc. pro possessore."

Die Negation der absoluten Ehre würde für das Individuum zugleich die Negation aller übrigen sog. Urrechte, der Wirkungen der Persönlichkeit, d. h. seiner ganzen Rechtsfähigkeit enthalten.[3]) Durch die Negirung der absoluten Ehre würde der Mensch zum vernunftlosen Wesen, zum Thiere (brutum) herabgesetzt werden.[4]) Daher erscheint namentlich bei den modernen Völkern eine grosse Empfindlichkeit bei Ehrenkränkungen,[5]) daher bei den höheren Ständen das Duell.

Ein Recht auf sog. guten Ehrenruf (jus bonae famae) in dem Sinne, dass man von Anderen positives Lob, Rühmen verlangen könne, gibt es naturrechtlich nicht. Daher werden auch im Staate die sog. Leumundszeugnisse regelmässig nur in der negativen Form ausgestellt, dass von der betreffenden Person nichts Nachtheiliges bekannt sei.

Das positive Recht kann übrigens besondere Ehrenbezeugungen vorschreiben, auch sind dergleichen häufig durch die Sitte eingeführt. So können auch Behörden verpflichtet sein, positives Lob unter Umständen auszusprechen.

## §. 37.

### II. Das Recht der Selbsterhaltung.

Das Recht der Selbsterhaltung, bez. das Recht auf Unverletzlichkeit von Leib und Leben ergibt sich von selbst daraus, dass seine Zuständigkeit die absolute Bedingung für alles menschliche Dasein ist. Hierin liegt also implicite das Recht der Selbstvertheidigung; daher auch in allen positiven Rechten die

---

[3]) Ehre verloren, Alles verloren!

[4]) So hatte der römische Sclave keine Ehre; die deutschen Rechtlosen hatten nur Scheinbussen bei Ehrenverletzungen. — Das positive Recht kann Gradationen des Ehrenverlustes einführen.

[5]) Bei den Japanesen das sich selbst den Bauch aufschlitzen, wonach der Beleidiger dasselbe thun muss.

Anerkennung der Straflosigkeit des Handelns in der Nothwehr und im Nothstande (§. 97).

## §. 38.

### III. Das Recht auf sociale Freiheit.

Hierunter versteht man die Befugniss des Individuums zur freien Wahl seiner Zwecke (das Recht der Selbstbestimmung im socialen Leben), bez. das Recht, seinen Beruf zu wählen, sich dafür auszubilden; mit Anderen in genossenschaftliche Verbindungen, wie Familie, Gemeinde, Staat, Kirche und sonstige Vereine zu erlaubten Zwecken zu treten; überhaupt das Recht nicht als Sache (mancipium) behandelt zu werden; das Recht der Gewissensfreiheit, religiöse und wissenschaftliche Denkfreiheit; Freiheit in der Mittheilung der Gedanken, Redefreiheit, Pressfreiheit, Lehrfreiheit; Freiheit in der Wahl des Wohnsitzes, sog. Freizügigkeit und Auswanderungsfreiheit.

## §. 39.

### IV. Das Recht der Erwerbfähigkeit in Bezug auf Sachen. Besitz- und Eigenthumsfähigkeit.

Dieses Recht ist nichts Anderes als das angeborene Recht der Persönlichkeit in Bezug auf Sachen. Es ist die unerlässliche Vorbedingung der menschlichen Existenz in der Sinnenwelt, indem der Mensch nur auf Sachen und nur durch Sachen existiren kann.

In dem Urrechte der Erwerbfähigkeit sind zwei Theile zu unterscheiden:

1) das Gebrauchsrecht, jus usus rerum, d. h. die Berechtigung an sich, Sachen zur Befriedigung von Bedürfnissen zu verwenden; und

2) das Zueignungs- oder Besitzergreifungsrecht, jus possidendi, rem sibi habendi, als das Recht der Exclusivität, d. h. das Recht die zum Gebrauche benöthigten Sachen sich ausschliesslich beizulegen, als unerlässliche Vorbedingung für die Möglichkeit des Gebrauchsrechtes, bez. der Consumtion.

Aus dem Wesen des Gebrauchs- und Zueignungsrechtes folgt von selbst, dass es nur an solchen Sachen ausgeübt werden kann, die noch kein Anderer sich beigelegt hat (res nullius, herrenlose Sachen), indem es ausserdem sich selbst in seinem Begriffe stören würde. Bei dem gegenwärtigen numerischen Verhältnisse der Menschheit zur Grösse der bewohnbaren Erdoberfläche und den in der Natur noch herrenlos vorhandenen Sachen und der fortwährenden Production ist kein Raum für eine ernstliche Besorgniss gegeben, dass durch Occupation aller Sachen durch einen Theil der Menschheit das Urrecht der Erwerbfähigkeit für den anderen Theil gegenstandlos werden sollte. [1] Sollte der Fall der Unzulänglichkeit der Objecte je einmal eintreten, so wäre eben hiermit ein Nothstand gegeben, in welchem nicht mehr vom Rechte die Rede sein könnte, sondern nur von der Gewalt. Mitunter hat sich ein solcher Nothstand allerdings local ergeben, [2] und dann revolutionäre Bewegungen der bedrängten Massen zur Folge gehabt, mitunter zum Zwecke einer neuen Vertheilung von Grund und Boden, oder um vom Staate Arbeit zu erzwingen. Die Verhütung und Beseitigung solcher Nothstände ist Sache der Politik.

Da das Urrecht der Erwerbfähigkeit jedem Individuum, also auch der Menschheit als Collectivum zusteht, so hat man in der älteren Schule mitunter von einer ursprünglichen Gütergemeinschaft (communio bonorum originaria) gesprochen und behauptet, dass keine Sache absolut herrenlos sei, sondern Alles der Menschheit im Ganzen gehöre. Allein diese Auffassung und Bezeichnung des Urrechtes der Erwerbfähigkeit ist praktisch bedeutungslos, da doch jede Sache relativ herrenlos bleibt, so lange sie nicht ein Einzelner in seinen Besitz gebracht hat. Eine materiell durchgeführte communio bonorum aber in dem Sinne, dass jeder Mensch mit Anderen zugleich dominus aller

[1]) Der Uebervölkerung wirken schon oft Naturereignisse entgegen, Seuchen, Pest, Cholera etc., mitunter gewaltige Wirbelwinde (in Indien) und Ueberschwemmungen; auch Kriege. — Die Civilisation erzeugt überdies künstliche Production, wodurch auch künstlicher Erwerb möglich wird.

[2]) Z. B. in grossen Städten unter den Arbeitern, die arbeitslos sind; daher Armenanstalten, Suppen- und Speiseanstalten, Nachtherbergen.

Sachen wäre, bez. Keiner etwas exclusiv hätte und jeder dem Andern die Sache beliebig wegnehmen dürfte, würde die Socialität, insbesondere die Consumtion selbst unmöglich machen und ein fortwährendes bellum omnium contra omnes hervorrufen. [3])

Selbst wo sich Gesellschaften, sog. Erwerbs-, Wirthschafts- und dergl. Genossenschaften zu gemeinsamem Erwerb, Besitz und Eigenthum bilden, müssen sie eine Organisation des Rentenbezuges, der Gewinntheilung, des Gebrauchsrechtes etc. einrichten.

Wo die Persönlichkeit überhaupt fehlt, da fehlt auch die Erwerbfähigkeit in Bezug auf Sachen. Daher kann z. B. kein Thier, kein mancipium, mit Rechtswirkung etwas für sich besitzen; es hat kein Besitzrecht.

## §. 40.

### V. Das Recht der Vertragsfähigkeit.

Unter diesem Namen wird für den Menschen das Recht der Selbstbestimmung, der Autonomie, im Verhältnisse zu anderen Personen als ein angeborenes Recht in Anspruch genommen, d. h. das Recht, als ein Subject betrachtet zu werden, welches fähig ist, seinen Willen selbstthätig zu Leistungen gegen Andere zu bestimmen, d. h. sich einem Andern zu verpflichten, und umgekehrt auch Andere gegen sich zu verpflichten.

Es ist dies nichts Anderes als die Persönlichkeit, betrachtet in Beziehung zum Gebrauche der Willensfreiheit im Bereiche der Willkür.

Es besteht aber dieses Recht nicht darin, eine beliebige Person zu nöthigen, dass sie mit uns ein Vertragsverhältniss eingehe, sondern es liegt darin nur die Berechtigung in abstracto, von Niemand gehindert zu werden, ein Vertragsverhältniss mit denjenigen Personen einzugehen, die dazu geneigt sind.

Die Vertragsfähigkeit ist die Grundbedingung des ganzen sog. bürgerlichen Verkehrs, (römisch: commercium und connubium); auch sie fehlt, wo die Persönlichkeit nicht oder nicht vollständig anerkannt ist, so z. B. bei dem mancipium, bei dem römischen Haussohn, da auch dieser regelmässig nicht für sich erwerben konnte.

---

[3]) „Communio est mater rixarum."

Das positive Recht zeigt zu verschiedenen Zeiten verschiedene Beschränkungen; so z. B. hatten in Rom ursprünglich die Plebejer kein connubium mit den Patriciern; auch die Latini hatten kein connubium mit den cives Romani. Aehnliche Beschränkungen zeigt die deutsche Missheirathslehre. Der deutsche Hörige in der Zeit der leges barbarorum durfte kein depositum eingehen (annehmen). Lange Zeit erschien die Wechselfähigkeit als Privilegium des Kaufmannsstandes und anderer höherer Stände. Ebenso sind mitunter Fremde von der Erwerbung von Grundstücken ausgeschlossen.

---

# III. Hauptstück.
# Das materielle Recht.

---

## I. Abschnitt.
## Das Privatrecht.

### §. 41.
### Von der Erwerbung der Rechte.

Rechte erwerben heisst Handlungen vornehmen (Thatsachen setzen), um sich ein Recht beilegen zu können, welches nicht angeboren ist. [1]) Die Erwerbshandlung heisst Erwerbsart, modus acquirendi, und diese setzt immer einen rechtlichen Grund, Erwerbsgrund, titulus acquirendi, voraus, aus welchem die Handlung ein Recht verschaffen, d. h. modus acquirendi sein kann. Der Rechtstitel selbst ist ebenfalls eine Thatsache, aber eine solche, deren Vernünftigkeit, bez. von der bereits feststeht, dass sie eine rationabilis causa ist, so dass durch die Hinweisung auf dieselbe

---

[1]) Selbstverständlich gehört zur Erwerbung von Rechten immer und vor Allem der Wille zu erwerben, sodann eine Handlung (s. unten §. 47. A. 2).

eine andere Thatsache, der modus acquirendi, gerechtfertigt werden kann.

Der ursprüngliche und primitive Rechtstitel, titulus generalis, ist bei jeder Rechtserwerbung die Persönlichkeit des Menschen selbst (§§. 32—40). Ausser diesem titulus generalis greift aber bei der Rechtserwerbung noch ein anderer specieller oder secundärer Rechtstitel Platz und dieser liegt immer in einer Willensbestimmung einer andern Person. Diese Willensbestimmung kann zweifach sein:

1) zu unseren Gunsten; hierauf beruht die Rechtserwerbung durch Vertrag; oder

2) zu unserem Nachtheil; hierauf beruht die Rechtserwerbung aus Delicten.

Das positive Recht kann die Rechtstitel specialisiren oder vermehren; daher zählt man im römischen Rechte auf: lex, contractus, testamentum, delictum und variae causarum figurae.

Häufig wird behauptet, dass zur Rechtserwerbung nicht absolut und allezeit ein titulus gehöre, sondern oft schon der modus acquirendi genüge. Als Beispiel beruft man sich namentlich auf die occupatio rei nullius, accessio u. s. w. Allein hier muss doch immer der titulus generalis, die Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, vorhanden sein und der eigene Wille des Occupanten, welcher mit dem titulus generalis hier insofern zusammenfällt, als er nicht äusserlich von der Person unterschieden wird. Nur so viel ist also richtig, dass nicht in allen Fällen ein titulus specialis, der in dem Willensacte einer andern Person liegt, zur Rechtserwerbung erforderlich ist.

Die Rechte, welche erworben werden können, zerfallen nach den Objecten in zwei Klassen:

1) Rechte an Sachen, Sachenrecht, jus rerum; und

2) Rechte auf Leistungen anderer Personen, Forderungsrecht, jus obligationum.

---

## I. Abtheilung.

## Das Sachenrecht.

**(Lehre vom Besitz und Eigenthum.)**

### §. 42.

### Begriff von Sache.

Sache ist im allgemeinen philosophischen Sinne Alles, was nicht Person ist, also das Vernunftlose, Willenlose, sog. Ausserwesentliche, Zufällige.[1] Sodann bedeutet Sache auch oft soviel als das Gegenständliche, Objective der geistigen Thätigkeit,[2] also mitunter gerade im Gegensatze zu der ersten allgemeinen Bedeutung das Wesentliche, das Substantielle, also das, was von der Subjectivität unabhängig ist.

Im engeren oder rechtsphilosophischen Sinne ist aber Sache nur ein körperlicher Gegenstand, der Object des Erwerbes, bez. der Dependenz von einer Person und somit auch eines Rechtsstreites sein kann, daher sind zum Beispiel die Gestirne keine Sachen im rechtsphilosophischen Sinne.

In diesem Sinne gibt es also schon vernunftrechtlich Sachen, die extra commercium — nicht im Verkehr — bez. keines ausschliesslichen Besitzes fähig sind,[3] welchen Begriff sodann das positive Recht aufgreift und beliebig erweitert.

Bezeichnet man aber auch die Rechte, Befugnisse, Verbindlichkeiten einer Person als Sachen, so muss man freilich körperliche und unkörperliche Sachen unterscheiden.

### §. 43.

### Oberste und natürliche Eintheilung der Sachen. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Die natürliche Eintheilung der körperlichen Sachen ist die in bewegliche (Fahrnisse, Mobilien, Moventien) und in unbewegliche Sachen (Liegenschaften, Immobilien).

---

[1]) Dies meint Hegel: „Das Wesentliche an einer Sache ist ihre Ausserwesentlichkeit (= Nicht-Substantialität)."

[2]) Z. B. in den Ausdrücken: zur Sache kommen, bei der Sache bleiben; sich an die Sache halten etc.

[3]) Z. B. aër profluens, das Meer etc.

Der Strenge nach ist im Verhältniss zum Menschen der Erdboden im Ganzen unbeweglich. Die Zweckmässigkeit hat aber bei allen Völkern zur Ausdehnung des Begriffes der Immobilien geführt, so dass insgemein Grundstücke und alle jene Sachen auch als unbewegliche betrachtet werden, welche mit dem Grund und Boden so zusammenhängen, dass sie nicht salva substantia davon getrennt werden können. Mitunter wird der Begriff positivrechtlich noch weiter ausgedehnt, z. B. bei Landgütern auf das Inventarium; bei Gebäuden auf das, was niet- und nagelfest ist; auf Seeschiffe; sowie auch auf mancherlei Rechte, die auf Immobilien haften, sog. Realrechte, Immobiliarrechte („quae inter immobilia connumerantur") und dingliche Rechte im deutschrechtlichen Sinne.

So entsteht allmählich im positiven Rechte der Begriff von Pertinenz, Zubehörung zur Immobilie, d. h. Gegenstände, welche ipso jure mit der Hauptsache an deren Erwerber übergehen, nach der Regel: „accessorium sequitur principale."

Streng logisch betrachtet, kann die Eigenschaft einer Sache als beweglich oder unbeweglich privatrechtlich keinen Unterschied machen; nach abstractem Rechte ist daher das Recht an beweglichen und unbeweglichen Sachen in dieser Beziehung völlig ein und dasselbe.

Bei den meisten Völkern aber hat man wegen der grossen Bedeutung der Grundstücke für die ursprünglichen socialen und politischen Zustände dem Rechte an Immobilien grössere Bedeutung und Wirkung beigelegt, als dem Rechte an beweglichen Sachen. Daher hat man meistens schon die Erwerbung von Immobilien an strengere Voraussetzungen und Solennitäten geknüpft; so z. B. beruht hierauf im älteren römischen Rechte grossentheils der Unterschied von res mancipi und nec mancipi, die in jure cessio u. s. w. Das alte deutsche Recht und das aus demselben entsprungene französische, englische und amerikanische Recht haben den Unterschied der beweglichen und der unbeweglichen Sachen fortwährend dem ganzen Sachenrechte zu Grunde gelegt und besitzen also zwei Sachenrechte, eines der beweglichen und eines der unbeweglichen Sachen. Die Unterschiede

zeigen sich besonders bei der Erwerbung, Verpfändung, Vindication, Ersitzung und zum Theil im Erbrechte.

Das moderne römische Recht hat sich dagegen fast ganz bis zur philosophischen Abstraction durchgebildet, so dass es in den meisten Beziehungen keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung der beweglichen und unbeweglichen Sachen mehr macht. Demungeachtet finden sich auch hier noch manche kleine Unterschiede, z. B. in Bezug auf die possessorischen Interdicte, utrubi, uti possidetis, unde vi, und in Bezug auf die Ersitzungsfristen. Im rein deutschen, französischen, englischen und amerikanischen Rechte ist noch heutzutage nur die unbewegliche Sache investiturfähig, hypothekfähig, ersitzungsfähig und vindicationsfähig.

Auch im Criminalrecht tritt noch heutzutage der Unterschied von beweglichen und unbeweglichen Sachen bedeutend hervor, z. B. bei dem Begriffe des Diebstahls, des Raubes und der Vergewaltigung, crimen vis.

## §. 44.

### Verhältniss von Person und Sache.

Der Person gegenüber erscheint die körperliche Sache als vernunftloser, willenloser Gegenstand, somit als blos Aeusserliches, Zufälliges, Concretes, in welches aber die Person ihren Willen hineinlegen, d. h. die Sache ihrem Willen unterwerfen und sie dadurch in Verbindung mit sich und in Abhängigkeit (Dependenz) von sich bringen kann (meum facere, appropriatio, Zueignung).

Eben dadurch, dass eine Person dies wirklich thut, macht sie sich als Person in der Sachenwelt geltend.[1]) Der Sache gegenüber, welche vernunftlos, willenlos, und eben darum im philosophischen Sinne unfrei ist, steht die Person als willensfähig und wollen dürfend, und zwar eben desshalb mit schrankenloser (absoluter) Befugniss.[2]) Im Verhältniss zu den Sachen

---

[1]) Hegel, §. 44, 45; vergl. §. 52.

[2]) Oben §. 41 vergl. mit §. 32.

hat daher jeder Mensch ein Zueignungsrecht aller Sachen, d. h. die Ewerbfähigkeit als Urrecht.[3])

## §. 45.

### Ursprüngliche (primitive) Manifestation der Erwerbfähigkeit. Wesen des Besitzes.

Die Manifestation des Urrechtes der Erwerbfähigkeit, seine praktische Realisirung, liegt darin, dass die Abhängigkeit einer körperlichen Sache von einer Person äusserlich erkennbar wird, d. h. in Folge der Ergreifung in ihre Innehabung (detentio) oder in ihren Besitz (possessio) übergeht, welche beide Ausdrücke grammatisch gleichbedeutend sind. Erst die romanistische Rechtswissenschaft statuirte hier einen Unterschied. Die Innehabung einer körperlichen Sache muss nämlich, um obige Wirkung und somit überhaupt rechtliche Bedeutung zu haben, verbunden sein mit der Absicht der Zueignung, d. h. mit der Absicht, die Sache ausschliesslich zu haben (sog. animus rem sibi habendi),[1]) sie zu vertheidigen, beliebig zu gebrauchen und beliebig darüber zu verfügen. Um nun eine solche qualificirte, Rechtswirkungen begründende Innehabung von einer andern nicht also qualificirten und daher rechtlich bedeutungslosen, blos physischen, gedanken- oder willenlosen Innehabung zu unterscheiden, pflegt man nach dem Vorgange des römischen Rechtes eine Innehabung ersterer Art jetzt technisch ausschliesslich Besitz, possessio, die letztere Art aber Innehabung, detentio, zu nennen. In diesem Sinne ist dann auch der Besitz (possessio) in der Rechtsphilosophie wie im römischen Rechte aufzufassen, als „detentio rei corporalis cum animo tenendi, sc. sibi habendi."

## §. 46.

### Ursprüngliche Identität von Besitz und Eigenthum.

Der Besitz als die Thatsache der wirklichen Geltung der Zueignungsfähigkeit einer bestimmten Person an einer bestimmten

[3]) Oben §. 39. — Hegel, §. 52: „Die Materie ist nicht ihr eigen," d. h. sie hat kein Recht.

[1]) Dieser animus fehlt z. B., wenn einer an einem Wirthstische sich der Löffel etc. bedient.

Sache ist, wenn er primitiver Besitz, d. h. erster Besitz einer bisherigen res nullius ist, immer durch sich selbst titulirt, d. h. rechtlich begründet und rechtlich wirkend.[1])

Als Prädicat eines Subjectes gedacht, ist also die im primitiven Besitze liegende Geltendmachung der Persönlichkeit in Bezug auf die Sache implicite zugleich und nothwendig auch subjective Berechtigung, jus possidendi, Eigenthum, proprietas, dominium, d. h. zugleich Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftsberechtigung[2]) über eine gewisse Sache.

Hieraus ergibt sich, dass primitiver Besitz und Eigenthum von Haus aus völlig ungetrennt, resp. identisch sind, indem der primitive Besitz das Eigenthum als seine Idee in sich selbst schliesst.

Das Eigenthum im rechtsphilosophischen Sinne ist daher nichts Anderes, als das in concreto manifestirte und realisirte Urrecht der Zueignung selbst, d. h. die exclusive Herrschafts- und Vertheidigungsbefugniss der in Besitz genommenen Sache, welche in der Thatsache des primitiven Nehmens, der occupatio rei nullius, implicite und von selbst liegt.

Eigenthum ist daher von Haus aus rechtlich vollwirkender primitiver Besitz, oder der rechtliche Inhalt, die Rechtswirkung des primitiven Besitzes, oder die rechtliche Idee desselben. In diesem Sinne spricht Hegel, §. 40, vom primitiven Besitze als von einem Besitze, der zugleich Eigenthum ist.

Die rechtsphilosophische Identität, Untrennbarkeit und gegenseitige Durchdringung von primitivem Besitz und Eigenthum findet sich auch in allen positiven Rechten wieder, indem überall anerkannt wird, dass derjenige, welcher eine primitive einseitige, natürliche Erwerbsart vornimmt, z. B. die occupatio rei nullius mit der Besitzergreifuug von selbst nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigenthum erworben hat. Dies erscheint dem positiven Rechte so wichtig, dass man hier blos vom modus

[1]) Hegel, §. 51: „Der Besitz ist das Dasein der Persönlichkeit in der Sache."

[2]) Die Herrschaftsmöglichkeit schliesst hier die Herrschaftsberechtigung in sich.

acquirendi dominii spricht,[3]) während offenbar in der occupatio rei nullius zugleich auch ein modus acquirendae possessionis enthalten ist.

Mit derselben rechtsphilosophischen Grundanschauung hängt auch der in jedem positiven Rechte anerkannte Grundsatz zusammen, dass der Besitz selbst als ein Recht gilt und als ein Recht wirkt, das sog. Besitzrecht, jus possessionis (d. h. Recht aus dem Besitz) producirt, sofern ihm nicht etwas Höheres (ein eigentlicher Rechtstitel) als eine Beschränkung entgegengesetzt ist.

Daher wird z. B. im römischen Rechte der Besitzer als solcher provisorisch geschützt; er ist nicht schuldig, wenn er beklagt-wird, seinen titulus zu ediren, d. h. den Grund seines Besitzes anzugeben; er hat selbst sogar besondere Klagen zum Schutze seines Besitzes, die sog. possessorischen Interdicte. Der Code Napoléon, art. 2279, spricht überdies in Bezug auf Mobilien, ganz dem altgermanischen Rechte gemäss, geradezu aus, dass bei ihnen der Besitz als titulus gilt.

## §. 47.
### Specielle Erfordernisse des primitiven Besitzes und Eigenthums-Erwerbes.

Damit eine Innehabung als primitiver Besitz vorhanden ist und Rechtswirkung haben, bez. Eigenthum geben kann, ist erforderlich:

A. in subjectiver Hinsicht:

1) dass der Handelnde ein Rechtssubject, d. h. besitz- und eigenthumsfähig ist;[1])

2) dass derselbe nicht nur den animus (Willen) hat, die Sache zu haben, sondern dass er auch eine äussere Handlung, factum, als modus acquirendi vorgenommen, d. h. die Sache ergriffen, sich ihrer bemächtigt hat; daher die Regel: „possessio acquiritur animo et facto“. Ebenso wie der animus ohne factum, würde auch factum ohne animus bedeutungslos sein, weil dann keine possessio, sondern nur titulus vorhanden wäre (§. 45).

---

[3]) Oben §. 41.

[1]) S. oben §. 34.

B. In objectiver Beziehung ist erforderlich:

1) dass die Sache besitzfähig ist (res habilis, res in commercio), d. h. Gegenstand eines ausschliesslichen Besitzes sein kann; [2])

2) dass die Sache res nullius, herrenlose Sache war, d. h. noch von keinem Andern in Besitz genommen ist. Im gegentheiligen Falle würde an der Sache kein primitiver Besitz mehr möglich sein und der Ergreifer nicht mehr blos der Sache, sondern auch einer Person, dem bereits Besitzenden, gegenüberstehen. [3])

Demnach bestimmt sich die primitive Besitz- und Eigenthumserwerbung durch die Priorität der Bemächtigung in der Zeitfolge. Daher im positiven Rechte [4]) die Regel: „prior tempore, potior jure.“

Es kommt oft vor, dass Einer durch frühere Ausübung eines Rechtes das Recht eines Andern schmälert oder hindert, z. B. bei der Consumtion. [5]) Das positive Recht vermehrt mitunter die Fälle, z. B. im Pfandrecht durch den Vorzug des ältern Pfandgläubigers.

Dass sonach die Zeit, also eine Zufälligkeit, das Recht bestimmt, erklärt sich daraus, dass mit der Besitzergreifung das ideale Recht der Zueignung in die Reihe der historischen, äusserlich wahrnehmbaren Erscheinungen, d. h. unter das Naturgesetz, in Raum und Zeit eintritt. Hieraus erklärt sich auch, warum im römischen Rechte durch die interdicta possessoria stets der ältere (frühere) Besitzer als der Bessere und im deutschen Rechte stets die ältere Gewere als die Bessere geschützt werden, [6]) und warum das germanische und das cano-

---

[2]) S. oben §. 42.

[3]) Hegel, §. 30: „Was und wie viel ich besitze, ist eine rechtliche Gleichgültigkeit.“

[4]) Im Sachenrechte. — Uebrigens hat diese Regel viele Einschränkungen.

[5]) Z. B. Austrinken einer Cisterne in der Wüste durch eine früher gekommene Caravane.

[6]) Auch im canonischen Rechte: c. 13. X. de testamentis, die possessio antiquior.

nische Recht den jüngeren Besitz im Verhältniss zum älteren als rechtswidrige Entsetzung, Entwährung, spolium, behandeln.

Ebenso ist auch aller Schutz, den die positiven Rechte dem Eigenthum durch die rei vindicatio gewähren, nur ein Schutz des älteren rechtlichen Besitzes, bezüglich seiner Wiederherstellung, im Verhältniss zu einem Besitz, der nicht Recht sein kann, weil er mit dem älteren rechtlichen Zustand im Widerspruch steht.

## §. 48.

## Von den einzelnen ursprünglichen einseitigen Erwerbsarten von Besitz und Eigenthum.

Die Thatsache, wodurch ein primitiver Besitz und inclusive dominium erworben wird, ist immer eine einseitige und heisst im Allgemeinen Bemächtigung, Ergreifung, occupatio, tritt aber in verschiedenen Formen hervor. Dergleichen Thatsachen nennt man modi acquirendi dominii naturales unilaterales, natürliche einseitige Erwerbsarten des Eigenthums. Sie auch als modi acquirendae possessionis zu bezeichnen, hält man für überflüssig, weil dies selbstverständlich ist und weil der Eigenthumserwerb durch den primitiven Besitz als das Wichtigste dabei erscheint.

Die einzelnen, auch im positiven Rechte anerkannten modi acquirendi dominii naturales unilaterales sind:

1) Die occupatio rei nullius, Jagen, Fischen, Finden herrenloser Sachen u. dergl., inclusive consumtio.

2) Die accessio, Zuwachs, als unvermeidlicher, nothwendiger, stillschweigender Erwerb, wenn eine Sache durch Naturkräfte mit einer andern, schon im Eigenthume einer Person befindlichen Sache so verbunden wird, dass sie fortan einen Theil derselben bildet, oder aus ihr hervorgeht; alluvio, vis fluminis, das verlassene Flussbett, fructus, foetura.[1]) Daher bedarf der Eigenthümer der Hauptsache nicht erst einer förmlichen fructuum perceptio, um Eigenthümer der Früchte zu werden. Dagegen

[1]) Daher die Regel: „partus sequitur ventrem," bei Belegen eines Mutterthieres durch einen fremden Fassel; auch bei Unfreien geltend; Sclavenkind.

werden der Pächter, der Nutzniesser regelmässig erst mit der fructuum perceptio Eigenthümer der Früchte; nach römischem Rechte mitunter schon durch separatio, z. B. bei jungen Thieren.

3) Die Adjunction oder künstliche accessio, nämlich absichtliche Verbindung einer Sache mit einer andern, die man schon eigenthümlich besitzt, in der Art, dass die erstere davon nicht mehr salva substantia getrennt werden kann, wie Bauen, Malen Schreiben, Säen, Pflanzen, Schmieden, Weben. Die positiven Rechte räsonniren hier nicht immer ganz consequent; so z. B. spricht das römische Recht das Geschriebene dem Herrn der tabula oder charta zu, bei dem Malen aber die Tafel etc. dem Maler, wenn er sie bezahlen will.

4) Die Formirung, specificatio, d. h. die Umbildung einer Materie in der Art, dass sie aus der bisherigen species in eine andere übergeht, eine Qualitätsveränderung erleidet. Unterarten sind confusio, Mischung flüssiger Sachen, commixtio, Mischung trockener Sachen. Die positiven Rechte machen auch hier mancherlei willkürliche Unterscheidungen; so z. B. setzt das römische Recht als Bedingung der specificatio, dass die Sache nicht in die frühere Form zurückgebracht werden kann. Das römische Recht selbst schwankt sogar darüber, ob das Dreschen von Getreide Specification ist oder nicht. Bei commixtio und confusio nimmt es ein gemeinsames Eigenthum an, wenn Sachen zweier Eigenthümer gemischt worden sind. Der Code Napoléon stellt dagegen — ohne die römische Distinction — die Regel auf: „forma cedit materiae," macht aber art. 571 eine Ausnahme, wenn die Form als Kunstwerk werthvoller ist als die Materie.

Es zeigt sich in den positiven Rechten deutlich, dass aus Nützlichkeitsrücksichten bei der accessio, adjunctio und specificatio oft nicht einmal darauf Rücksicht genommen wird, ob die Sache vorher noch res nullius war. [2]) Selbstverständlich hat aber der bisherige Eigenthümer der von einem Andern annectirten Sache Rechtsansprüche auf Entschädigung, wenn der Annectirende die Verbindung absichtlich vorgenommen hat und

---

[2]) So z. B. „Tigna juncta, ne urbs ruinis devastetur."

sie nicht, wie alluvio und vis fluminis auf Naturkraft allein beruht.

5) Viele zählen als eine besondere einseitige Erwerbsart noch hierher die Bezeichnung.[3]) Allein diese ist keine selbstständige Erwerbsart, sondern nur eine dauernd erkennbare Beurkundung einer vorgenommenen occupatio.

## §. 49.

### Mitbesitz und Miteigenthum.

Da primitiver Besitz und Eigenthum von der Priorität der Zeit der Besitzergreifung einer res nullius abhängig sind, so folgt, dass Personen, welche gleichzeitig eine solche Besitzergreifung vornehmen, auch in gleicher physischer und rechtlicher Beziehung zur Sache stehen, und dies ist es, was man Mitbesitz und Miteigenthum nennt.

Da aber im Begriffe des Besitzes und Eigenthums als wesentliches Moment die Ausschliesslichkeit liegt, so ergibt sich, dass Mitbesitz und Miteigenthum als gleichzeitiger Besitz und gleichzeitiges Eigenthum mehrerer Personen an derselben Sache an sich einen logischen Widerspruch enthalten.[1]) Es ergibt sich hieraus, dass gemeinschaftlicher Besitz und gemeinschaftliches Eigenthum schon von Haus aus den Begriff der Theilung in sich schliessen, d. h. dass eigentlich doch jede Person nur zu einem gewissen, schon in der Vorstellung bestehenden, aber noch nicht physisch ermittelten Theile Besitzer und Eigenthümer ist. Dies nennt man in der romanistischen Schule compossessio et condominium pro indiviso, Mitbesitz und Miteigenthum zu idealen Theilen. Diese Art von Mitbesitz und Miteigenthum, welche im römischen Rechte präsumirt wird, bildet also auch schon die natürliche logische Regel.

Mitbesitz und Miteigenthum begründen also von Haus aus eine Concurrenz von Thatsachen und Rechten, eine der Auflösung (Auseinandersetzung) bedürftige und daher jederzeit recht-

---

[3]) So z. B. Hegel, §. 58.

[1]) Im römischen Sprachschatze findet sich auch das Wort condominium nicht; compossessor findet sich einmal bei Tertullian. Aber den Ausdruck commune, communio hat die römische Sprache.

lich auflösliche Gemeinschaft — (eigentlich Verwirrung) — d. h. Jeder hat das Recht, jeden Augenblick auf die Auseinandersetzung zu dringen, bez. die Ermittelung und Herausgabe seines physischen Antheils zu fordern.[2])

Diese Auflösung hat auch keine Schwierigkeiten, wenn die Sache theilbar ist. Der Umfang der Theile (welche schon vor der Theilung in der Idee geschieden sind) bestimmt sich aber naturgemäss nach der Zahl der Personen, nach Köpfen, eben weil hier keiner potior tempore ist,[3]) d. h. weil Alle im gleichen Verhältniss zur Sache stehen.

Ist die Sache aber ihrer Natur nach untheilbar, so entsteht aus der gleichzeitigen Bemächtigung nicht nur Concurrenz, sondern auch Collision der Rechte. Denn jeder der Zugreifenden ist gleichberechtigt, sein Urrecht der Zueignung auf das Ganze — in solidum — geltend zu machen.[4]) Diese Gleichberechtigung muss anerkannt werden, weil ausserdem das Zueignungsrecht gar nicht geltend gemacht werden könnte, und dies wäre eine Negation der Zueignungsfähigkeit selbst. Da es sich bei dieser Collision um eine Geltendmachung des allgemeinen Willens als eines besonderen (der Persönlichkeit im Concreten und Zufälligen), d. h. an einer Sache überhaupt handelt, und von Keinem die occupatio vollendet ist, so kann hier nur das subjectiv Zufällige (die Gewalt des Individuums), — die Geltendmachung im Raum — entscheiden, d. h. den Anspruch des Einen zum praktischen und historisch gültigen erheben. Es handelt sich hier, mit andern Worten, darum, durch einen räumlichen Act die Priorität der Zeit herbeizuführen. Hierin beruht naturrechtlich die Idee der Berechtigung zur Selbsthülfe durch Gewaltthat, Kampf, d. h. deren rechtliche Zulässigkeit ergibt sich als Consequenz einer rechtlichen und physischen Nothwendigkeit.

---

[2]) Hierin liegt der Ursprung der römischen Theilungsklagen, communi dividundo, familiae herciscundae und finium regundorum. — Positive Rechte schreiben mitunter, z. B. bei Handelsgesellschaften, Aufkündigungsfristen vor.

[3]) Es hat hier Keiner einen Vorzug vor dem Andern, Alle haben gleichen Anspruch. Rechtssprichwort: „So viel Mund, so viel Pfund."

[4]) Ursprung der Solidar-Rechte.

Man kann demnach den Ausgang des Kampfes wie ein Gottesurtheil betrachten.

Das positive Recht führt anstatt des Kampfes mitunter besondere Formen ein, z. B. das Loos, weil der Staat die Selbsthülfe nicht dulden will. [5]) Es bestimmt mitunter das positive Recht Fälle, wo der Eine das Ganze bekommt, aber dem Andern den Werth seines Antheils ersetzen muss (eben z. B. bei Verloosung). Das positive Recht entwickelt auch aus der Lehre von den Solidarrechten eine Lehre von Solidar-Obligationen, durch Uebertragung des Solidarbegriffes auf das Vertrags- und Delictsrecht. Das römische Recht zeichnet unter diesen noch eine eigenthümliche Klasse aus, die auf besonderen Stipulationen beruhenden Correal-Rechte und Correal-Obligationen.

## §. 50.

### Entwickelung des Gegensatzes von Besitz und Eigenthum.

Hat eine primitive occupatio, welche zugleich Besitz und Eigenthum gibt, einmal stattgefunden, so kann selbstverständlich kein Anderer mehr durch einseitige Bemächtigung in das gleiche rechtliche Verhältniss zur Sache kommen, wie der erste Occupant, weil die Sache nicht mehr herrenlos ist, d. h. weil der Zweite jetzt nicht mehr blos der Sache als etwas Willenlosem, sondern auch einer Person, dem bisherigen Besitzer und Eigenthümer, gegenüber steht. [1])

Somit erhellt von selbst, dass die neuere einseitige Bemächtigung, als der Zeit nach jüngere, einen logischen Widerspruch gegen die frühere Besitz- und Eigenthums-Erwerbung enthält, und da diese rechtlich war, ergibt sich der Charakter der zweiten einseitigen Besitzergreifung als Gegensatz der ersten rechtlichen von selbst als Widerrechtlichkeit oder Unrecht.

---

[5]) Uebrigens erinnert noch die altdeutsche Bezeichnung des gerichtlichen Processes als Krieg an die ursprüngliche Rechtshülfe oder den Kampf, so z. B. Kriegsbefestigung = Litiscontestation.

[1]) Hegel: „Hier steht Wille gegen Wille."

Eben darum, weil somit die neuere einseitige Bemächtigung der rechtlichen Eigenschaft entbehrt, welche den Charakter der ersten ausmacht, erscheint sie nun als eine blos physische Thatsache, factum, res facti, im Gegensatze der primitiven Besitzergreifung, die zugleich res facti et juris ist.

Mit dem factum der neueren Bemächtigung hört nun der primitive Besitz, der zugleich factum und jus, sc. dominium ist, auf, als physische Thatsache zu existiren; denn nunmehr ist die Sache in die physische Herrschaft des neuen Bemächtigers übergegangen. Hierdurch ist nun aber die Thatsache der Innehabung von dem Rechte (dem Eigenthum, der Befugniss) geschieden, weil Befugnisse als Ideales, Unkörperliches, überhaupt nicht entrissen werden können. Somit wird durch die neuere einseitige Bemächtigung ein Gegensatz und Unterschied von Besitz und Eigenthum hervorgerufen, und zugleich ist somit deren Verhältniss zu einander bestimmt, nämlich wie physisches Können und sittliches, bez. rechtliches Dürfen.

Das positive Recht, namentlich das römische Recht behandelt nun den Besitz regelmässig nur als Gegensatz des Eigenthums, daher die römische Regel: „possessio est facti, dominium est juris.“

Der Gegensatz von Besitz und Eigenthum tritt schon frühzeitig in den positiven Rechten hervor, weil alle Völker bald bemerken müssen, dass durch Raub oder Diebstahl wohl das factische Verhältniss des Eigenthümers zur Sache, aber nicht das Recht auf dieselbe aufgehoben werden kann.

## §. 51.

## Gerechter und ungerechter Besitz. Besitz in gutem und bösem Glauben.

Der Besitz, welcher zugleich Recht, Eigenthum, ist (der Eigenthumsbesitz), heisst darum, weil er Recht ist, possessio justa, und die Befugniss des Besitzers jus possidendi, und dies ist dasselbe, was sonst auch Eigenthum, dominium, heisst. [1])

---

[1]) Das positive Recht dehnt mitunter den Begriff der possessio justa über den Begriff des Eigenthumsbesitzes hinaus aus; so z. B. erklärt

Der Besitz dagegen, welcher lediglich Thatsache ist, ist als Negation (Aufhebung) des Besitzes, der zugleich Recht (Eigenthum) ist, bez. als Gegensatz der possessio justa nothwendig immer Unrecht, injuria im weitern Sinne, also possessio injusta, wenn auch nicht immer delictum oder spolium.

Die Eintheilung der possessio in possessio justa und injusta ist eine rein objective; sie beruht also auf dem Vorhandensein und bez. dem Mangel eines Rechtes zu besitzen, eines jus possidendi. Die possessio injusta beruht daher naturgemäss auf einem formell fehlerhaften Acte, d. h. auf einem Entfremden der Sache gegen den Willen des Eigenthümers, sei es durch eine nicht gewaltsame, bez. heimliche, oder durch eine gewaltsame Handlung (furtum, rapina, vis, Entwährung), oder sie beruht auf einem Missbrauche des Vertrauens des Eigenthümers, auf dem Missbrauche einer von ihm ertheilten Verstattung. Daher führt das römische Recht als die tria vitia possessionis auf: clam, vi, precario.

Dabei kommt nun aber noch weiter das subjective Moment in Frage, d. h. ob der blos thatsächliche Besitzer (possessor injustus) sich des Unrechtes, bez. des Mangels des jus possidendi bewusst ist, oder nicht. Im ersten Falle heisst die possessio injusta: malae fidei possessio, im andern Falle heisst sie: bonae fidei possessio.

Die bonae fidei possessio beruht als solche immer auf einem Irrthum, welcher eben darin liegt, dass der bonae fidei possessor einen rechtlichen Grund (justus titulus) für seinen Besitz zu haben glaubt; also irgend eine Thatsache stattgefunden hat, welche unter Umständen als justus titulus und modus acquirendi gelten und folglich eine possessio justa, ein jus possidendi, begründen könnte, bez. zu begründen pflegt; z. B. emtio-venditio, traditio u. s. w.

---

das römische Recht auch den Besitz einer Sache als Faustpfandgläubiger für eine possessio justa. Aehnlich kennt das altdeutsche Recht drei Arten der rechten Gewere: Eigengewere, Lehensgewere und Satzungsgewere.

## §. 52.

## Wirkungen des blos thatsächlichen Besitzes, insbesondere Vertheidigungsmittel und Ersitzung.

Der blos thatsächliche Besitz oder die possessio injusta ist aber seinem Begriffe nach kein absolutes Unrecht, sondern nur relatives Unrecht, d. h. er ist als jüngerer Besitz nur Unrecht gegen den bisherigen possessor justus oder dominus. Es thut nämlich auch der schlechteste Besitzer (fur, praedo) nie Unrecht gegen die Sache dadurch, dass er sich ihrer bemächtigt, sondern nur gegen die bisher besitzende Person, den Eigenthümer, und nur gegen diesen; also auch nicht gegen alle übrigen dritten Personen. [1])

Eben darum, weil auch der schlechte, fehlerhafte Besitz, die possessio injusta, nur relatives Unrecht ist, muss demselben immerhin doch einige rechtliche Wirkung beigelegt werden, und zwar jede, welche nicht durch das Verhältniss zum früheren Besitzer an sich ausgeschlossen ist. [2]) Auch der blos thatsächliche Besitzer ist daher schon als solcher

1) provisorisch als besitzberechtigt zu betrachten und zu schützen, bis ihm nachgewiesen wird, dass seine possessio eine injusta ist. Er hat also Anspruch auf sämmtliche im §. 36 erwähnten Präsumtionen. [3]) Das positive Recht schützt aber mitunter nur einen gewissen, besonders qualificirten Besitz; z. B. das altdeutsche Recht bei Immobilien nur die Gewere (Besitz) von Jahr und Tag; ebenso der Code Napoléon de procédure art. 23; das römische Recht durch das interdictum utrubi bei beweglichen Sachen nur den Besitz, der per majorem partem ultimi anni bestanden hatte.

---

[1]) Dieses Verhältniss wollte Ganz durch den unklaren Ausdruck bezeichnen: „Der Besitz sei ein Recht, aber manchmal ein unrechtliches."

[2]) Diese Rechtswirkungen sind es, welche man unter dem Ausdrucke jus possessionis (nicht zu verwechseln mit jus possidendi) zusammenfasst, d. h. Rechtsmittel, die aus dem Besitze (resp. aus seiner Verletzung) als solchem hervorgehen.

[3]) a) Quilibet habendus est justus; b) Actoris est probare; c) In dubio pro reo.

2) Niemand als der Verletzte darf den possessor injustus der Unrechtmässigkeit seines Besitzes beschuldigen und ihn überweisen, da ein Dritter kein Interesse daran haben kann. Neuere positive Rechte haben aber insgemein eine Untersuchung und Bestrafung ex officio, namentlich wegen Raub, der römisch-rechtlich nur als Privatdelict galt, mitunter auch bei gewissen Arten des Betruges u. s. w. eingeführt.

3) Jeder Besitzer, selbst der malae fidei possessor, ist im Verhältniss zu einem Dritten, der ihm wieder ohne Rechtsgrund den Besitz entreisst, als potior tempore (§. 47) der bessere Besitzer und zur Vertheidigung seines Besitzes gegen einen solchen Dritten befugt. Darum gibt das römische Recht sogar auch dem malae fidei possessor die possessorischen Interdicte, insbesondere das interdictum unde vi, sogar gegen den wahren dominus. Da nun der Besitz nur relatives Unrecht (nämlich nur im Verhältniss zu gewissen Personen) sein kann, so sind auch die aus dem Besitz, [4]) resp. aus dessen Verletzung entspringenden Rechtsmittel — wie namentlich die römischen interdicta possessoria — nur persönliche Klagen, da sie eine Art von Delictsklagen sind.

Jedoch dehnen positive Rechte die aus dem Besitz, resp. aus dessen Verletzung entspringenden Klagen [5]) mitunter vindicationen-ähnlich aus; so z. B. das römische Recht die actio quod metus causa; im altdeutschen Rechte die Entwährungsklage, querela de dissassina, übergegangen in das canonische Recht als remedium (actio) spolii.

4) Die bonae fidei possessio wirkt logisch nothwendig, weil sie das Bewusstsein des Unrechtes ausschliesst, gewöhnlich sogar vollkommen wie eine possessio justa, d. h. wie ein Besitz, der zugleich Eigenthum ist; nämlich so lange, bis diese possessio

---

[4]) Ein Besitz, der diese Wirkungen hat, heisst heutzutage juristischer Besitz.

[5]) Die auf die erste Erlangung eines Besitzes gerichteten Klagen, römisch sog. interdicta adipiscendae possessionis, sind keine Besitzklagen, keine possessorischen Rechtsmittel im eigentlichen Sinne, weil sie nicht aus dem Besitze selbst folgen: z. B. interdictum quorum bonorum, interdictum Salvianum.

angefochten und als injusta nachgewiesen und dadurch der bisherige bonae fidei possessor in malam fidem versetzt wird, sog. mala fides superveniens. Daher gewinnt z. B. im römischen Rechte der bonae fidei possessor die fructus consumtos u. s. w. Auf dieser Grundansicht, dass die bonae fidei possessio interimistisch die Stelle des Eigenthumes vertritt, beruht auch die römische Lehre von der rei vindicatio utilis oder der sog. actio Publiciana.

5) Aus gleichen Gründen muss der unvordenkliche Besitz, d. h. ein solcher factischer Zustand, von dessen Entstehung in der lebenden Generation keine Erinnerung mehr vorhanden ist,[6]) seinem Begriffe nach stets als ein Recht wirken, weil hier als feststehend vorausgesetzt wird, dass die possessio nicht mehr als injusta nachgewiesen werden kann. Die Unvordenklichkeit ist keine Verjährung oder Ersitzung — keine praescriptio oder usucapio — und daher auch nie an deren Voraussetzungen gebunden; auch ist sie kein privilegium, wenn sie auch mitunter ähnlich wie ein solches wirkt, sondern sie ist praesumtio tituli, d. h. die rechtliche Vermuthung, dass einmal ein Rechtstitel für die Entstehung eines gewissen Zustandes stattgefunden habe. Das römische Recht hat diese Grundansicht von der Bedeutung des unvordenklichen Besitzstandes aufgenommen unter der Bezeichnung vetustas; die Schule hat dafür die sehr unpassende Bezeichnung praescriptio indefinita s. immemorialis, Verjährung oder Ersitzung der unvordenklichen Zeit, aufgebracht; denn es wird hier durch den Ablauf der Zeit nichts ersessen, d. h. nichts neu erworben, sondern die Thatsache der Unvordenklichkeit vertritt hier nur die Stelle des Beweises, dass ein gewisses Recht längst vollgültig erworben worden sei. Wenn man aber die hier ganz unpassende Bezeichnung als praescriptio indefinita, immemorialis etc. gebrauchen will, so ist dann die Unvordenklichkeit (der unvordenkliche Besitz) die einzige Art der praescriptio, Ersitzung oder Verjährung, welche im abstracten Rechte selbst wurzelt, — aber eben diese Bezeichnung ist ganz verwerflich.

---

[6]) Weniger gut ist die Definition: „status, cujus contrarii memoria non existit.“

6) Da die Nachweisung eines Besitzes als possessio injusta und somit auch die nachträgliche Umwandlung einer bonae fidei possessio in eine malae fidei possessio für den Verkehr von grosser Unannehmlichkeit und Störung sein kann, so hat die Rücksicht hierauf alle Völker veranlasst, eine bonae fidei possessio, welche eine gewisse Zeit hindurch ruhig und unangefochten bestanden hat, eben wegen des Ablaufes dieser Zeit für forthin unanfechtbar zu erklären. [7]) Es wird also hier der spätere Nachweis einer possessio als injusta ausgeschlossen, so dass eine durch eine gewisse Zeit ruhig fortgesetzte bonae fidei possessio, die sog. Ersitzung, erwerbende Verjährung, praescriptio acquisitiva, usucapio, wie ein primitiver Besitz behandelt wird, der zugleich Eigenthum ist. Das positive Recht hat daher in der Lehre von der Ersitzung oder erwerbenden Verjährung nichts gethan, als dass es an die Stelle der Priorität der Zeit die Dauer einer gewissen Zeit gesetzt hat. Wegen dieser Zeitbestimmung ist die erwerbende Verjährung etc. stets eine sog. praescriptio definita.

7) Die Ersitzung, usucapio u. s. w. ist daher ein Besitz, welcher wegen einer bestimmten Zeitdauer von nun an als Recht (Eigenthum) gilt, bez. gesetzlich dafür erklärt ist. Sie ist also ein neuer Erwerb des Rechtes durch gesetzliche Bestimmung (fictio juris); also ein modus acquirendi dominii civilis, im Gegensatz der modi acquirendi dominii naturales.

8) In der Ersitzung liegt auch eine weitere positivrechtliche Anerkennung, dass der Besitz unter Umständen vollständig auch ein Recht sein, d. h. als ein Recht (Eigenthum) wirken könne. Die Römer betrachteten die usucapio etc. als die feinste civilistische Erfindung. Daher heisst auch im römischen Rechte der Usucapions-Besitz, d. h. der Besitz, welcher so qualificirt ist, dass er zur usucapio führen kann, vorzugsweise possessio civilis, und im Gegensatze hiervon ein Besitz, welcher diese Eigenschaften nicht hat, possessio naturalis. Somit ist der Grund-

---

[7]) „Minuendarum litium gratia." — L. 2. Dig. de aqua pluvia (39, 3): „ne diu vel semper incerta dominia essent." — L. 1. Dig. de usurpationibus (41, 3); (Gajus, II. 44).

gedanke der Ersitzung der, dass durch den Ablauf einer gewissen gesetzlich bestimmten Zeit eine possessio injusta, welche aber bonae fidei possessio ist, also eine gut qualificirte Thatsache, in ein Recht (dominium) umgewandelt wird. Der malae fidei possessor aber kann dagegen niemals usucapiren, d. h. niemals durch seinen eigenen Willen seine malae fidei possessio in eine bona fidei possessio, d. h. in einen Usucapionsbesitz oder dominium umwandeln, sondern dies könnte nur geschehen, wenn der frühere Berechtigte (der Eigenthümer) sein Recht aufgibt oder zustimmt. Dies ist der Sinn der römischen Regel: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest."

9) Ursprünglich sind die Fristen der Ersitzung bei allen Völkern sehr kurz. Später bei der Ausdehnung des Staatsgebietes, des Handels und Reiseverkehrs werden sie regelmässig länger. So z. B. hatte das alte römische Recht nur eine Frist von einem Jahre bei der usucapio von Mobilien und von zwei Jahren bei Immobilien. Im alten deutschen Rechte kannte man nur eine Frist von Jahr und Tag zur Ersitzung der Gewere (des Besitzrechtes) an Immobilien; in Bezug auf Mobilien gab es gar keine Ersitzungszeit, sondern bei diesen gab der gutgläubige Besitz gleich unmittelbar eine Gewere. Eine Verschiedenheit des römischen und altdeutschen Rechtes findet sich in der Lehre von der Ersitzung auch darin, dass nach dem römischen Rechte es nur auf das Dasein der bona fides im Momente der Ergreifung ankommt, die mala fides superveniens aber nicht schadet, d. h. den Lauf der Ersitzung nicht unterbricht. Im deutschen Rechte aber verlangte man eine bona fides continua während der ganzen Ersitzungszeit. Der römischen Theorie hat sich der Code Napoléon, art. 2269 angeschlossen; die deutsche Theorie hat das canonische Recht aufgenommen.

10) Schon im neueren römischen Rechte ist kaum noch eine Spur der unvordenklichen Zeit mehr zu finden. Es erklärt sich dies daraus, dass dieses Institut immer mehr überflüssig wird, sowie die Gesetzgebung die Ersitzung in bestimmten Fristen vollständig entwickelt. So wurde im römischen Rechte die praescriptio definita bald die Regel. Es findet im neueren römischen

Rechte die Ersitzung der Mobilien in drei Jahren statt, bei Immobilien in zehn und zwanzig, mitunter in dreissig, vierzig oder hundert Jahren. Diese Fristen sind allmählich auch von den deutschen Völkern angenommen, mitunter aber etwas modificirt worden: so z. B. die sächsische Ersitzung in einunddreissig Jahren, sechs Wochen und drei Tagen. Auch im canonischen Rechte wird die Unvordenklichkeit nur noch erwähnt in Bezug auf Verhältnisse, hinsichtlich deren noch keine Ersitzung in bestimmten Fristen eingeführt war. Dabei galt aber als Grundsatz, wie noch in der deutschen Praxis, dass Alles, was nicht in bestimmten Fristen ersessen werden kann, wie z. B. Hoheitsrechte u. dergl., doch als Jemanden zuständig zu betrachten ist, wenn er sich im unvordenklichen Besitze befindet. Am meisten Anwendung fand die Unvordenklichkeit im alten deutschen Rechte, eben weil dieses vor der Reception des römischen Rechtes keine entwickelte Usucapionslehre hatte. In der neueren Zeit pflegen die Gesetzgebungen die Berufung auf die Unvordenklichkeit nicht mehr anzuerkennen; so z. B. der Code Napoléon.

11) Eine erlöschende oder Klagenverjährung (praescriptio extinctiva) ist durchaus nur civilistische Erfindung und am vollständigsten im römischen Rechte entwickelt.[8]) Auch hier beruht Alles auf der Rücksicht, dass endlich einmal der Rechtsunsicherheit und den Processen eine Schranke gesetzt werden müsse, und dass derjenige, der so nachlässig ist, sein Recht längere Zeit (römisch gewöhnlich dreissig Jahre) nicht zu verfolgen, eine Strafe seiner Nachlässigkeit verdient, bez. als verzichtend zu betrachten ist. Das römische Recht hat für die verschiedenen Klagen vielerlei verschiedene Erlöschungsfristen.

## §. 53.

## Dauer und Verlust des Besitzes.

Der Besitz als Thatsache dauert so lange, als die Thatsachen fortwirken, durch welche er entsteht, nämlich factum und

---

[8]) Die Rechtsphilosophie kann nur eine praesumtio eines Verzichtes auf ein Recht anerkennen, die aus dessen längerem Nicht-Gebrauche unter Umständen gefolgert werden kann.

animus (§. 47). Er endigt also, sowie die eine oder die andere dieser Thatsachen hinwegfällt, also wenn der Besitzer nicht mehr besitzen will (derelictio), oder nicht mehr besitzen kann, z. B. durch Untergang der Sache, Entreissen, Entfliehen eines Thieres etc.

Da der Mensch aber mehr Sachen sich zueignen kann und auch mehrere zum abwechselnden Gebrauche nöthig hat, als er fortwährend in körperlicher Detention haben kann, so sind alle Völker dazu gekommen, den Begriff des Besitzes, bez. seiner Fortdauer auszudehnen, d. h. den Fortbestand anzunehmen, so lange der Besitzer den animus possidendi behält und seine Sachen beliebig wieder ergreifen und schützen kann. Hierauf geht die römische Regel: „animo possidemus."

Das Mittel, anderen Personen die Fortdauer des animus possidendi bemerklich zu machen, liegt in der Bezeichnung der Sache, worunter aber nicht blos das förmliche Bezeichnen zu verstehen ist, sondern es genügt, wenn die Sache nur in irgend einer erkennbaren Verbindung mit der Person steht; z. B. durch Aufstellen in der Wohnung. Positive Rechte dehnen dies mitunter aus, z. B. auf den Pflug, der auf dem Felde stehen bleibt, u. s. w.

## §. 54.

### Von dem Charakter des Besitzes, welcher zugleich Recht ist, d. h. von der possessio justa oder dem Eigenthume (Eigenthumsbesitz).

Der primitive Besitz, der zugleich possessio justa, Eigenthum, ist (§. 51), ist seinem Begriffe nach absolutes Recht (§. 44 ff.), d. h. der Besitzer bedarf nicht der Berufung auf die Erlaubniss anderer Personen, bez. keinen von dem Willen eines Andern abgeleiteten speciellen titulus, sondern es genügt hier der titulus generalis (die Persönlichkeit) und das primitive Verhältniss zur Sache. Solche absolute Rechte nennt man nach dem Sprachgebrauche der romanistischen Schule: jura in re s. in rem, jetzt auch dingliche Rechte. Dagegen nennt man jene

Rechte, welche nur relativ wirken können, d. h. die einen speciellen titulus voraussetzen und nur gegen bestimmte Personen geltend gemacht werden können, bez. wodurch nur bestimmte Personen zu Leistungen verpflichtet werden, jura in personam und unter gewissen Voraussetzungen auch jura ad rem. In diesem Sinne und Sprachgebrauche ist das Eigenthum das erste und ursprüngliche dingliche Recht (jus in re s. in rem); im classischen römischen Rechte wird jedoch der Ausdruck: jus in re niemals auf das Eigenthum, sondern nur auf jura in re aliena, wie ususfructus, servitus, pignus etc. angewendet. Der Ausdruck: jus ad rem stammt aus dem canonischen Rechte und geht nur auf eine bestimmte Art der jura in personam, nämlich insofern die Leistung, zu welcher sich Einer einem Andern verpflichtet hat, in einem dare oder investire, wie z. B. die Verleihung eines kirchlichen beneficium, besteht. [1])

An diese Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten, von jura in re und jura in personam, schliesst sich in den positiven Rechten die oberste Eintheilung aller Klagen an, nämlich in actiones in rem und actiones in personam.

Philosophisch betrachtet sind die actiones in rem und in personam die Consequenz der jura in re und in personam. Da aber alle Klagen nur eine positivrechtliche Erfindung, bez. durch die Willkür des Gesetzgebers erschaffene Rechtsmittel sind, so kehrt sich dieses Verhältniss in der Praxis um, und ist im positiven Rechte ein jus in re nur da vorhanden, wo das Gesetz eine actio in rem verleiht und ein jus in personam gestattet. Sonach erscheinen die jura und actiones in rem als Ausnahme; [2]) im Zweifel ist immer nur ein jus und eine actio in personam anzunehmen. Als den Charakter der actiones in rem gibt man

---

[1]) In dem Begriffe des dare liegt, dass der Empfänger Eigenthümer oder doch Nutzeigenthümer, dominus directus oder utilis, werden soll. — W. v. Brünneck, Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem. Ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma. Berlin 1869.

[2]) Dahin gehören nach römischem Rechte nur dominium, ususfructus, servitus, superficies, pignus incl. hypotheca und hereditas, nach deutschem Rechte noch die verschiedenen Arten der Lehen.

gewöhnlich an, dass sie contra quemcunque possessorem gehen;[3]) genauer wird man sagen, dass sich hier der Kläger nur auf sein unmittelbares Verhältniss zur Sache zu stützen braucht.

Die persönlichen Klagen gehen nur gegen den speciell Verpflichteten. Das positive Recht dehnt eine persönliche Klage mitunter vindicationenähnlich auch auf andere Personen, bez. Besitzer der Sache aus, als den ursprünglichen Verpflichteten, wodurch der Begriff von actiones mixtae, actiones in rem scriptae entsteht.[4])

## §. 55.

## Von den Wirkungen der possessio justa oder des Eigenthums.

Die Wirkungen der possessio justa oder des Eigenthums sind nach abstractem Rechte:

1) das Gebrauchsrecht der Sache (usus et fructus), einschliesslich des Dispositionsrechtes;

2) das Verfolgungsrecht der Sache contra quemcunque oder das Vindicationsrecht; und

3) das Entäusserungs- und Veräusserungsrecht, jus alienationis.

Wo einmal ein Familienzustand besteht, kommt in der Regel bald ein Vererbungsrecht der Sachen hinzu. Doch wird dies im positiven Rechte stets als besonderer Rechtstheil behandelt.

Das römische Recht unterscheidet im Eigenthum nur zwei Klassen von Rechten:

1) usus et fructus, und

2) jura proprietatis, indem es unter dieser Bezeichnung alle übrigen Rechte des Eigenthümers ausser dem usus und fructus begreift.

---

[3]) Selbstverständlich nur contra quemcunque, qui jus meum negat, und die Sache besitzt; also die hereditatis petitio freilich nur gegen den, der mein Erbrecht negirt und selbst die hereditas pro herede oder pro possessore besitzt.

[4]) Z. B. actio quod metus causa; actio spolii; oben §. 52.

§. 56.

## I. Das Gebrauchsrecht.

### a) Begriff und Umfang.

Der Gebrauch, usus, ist die Verwendung einer Sache zur Befriedigung der Bedürfnisse einer Person. Daher definirt das römische Recht das Eigenthum (dominium) als jus absolutum de re corporali pro libitu disponendi.

Der Eigenthümer ist befugt, die Sache in jeder Art und Weise zu verwenden und darüber zu bestimmen und zu verfügen (disponere), wie es ihrer Natur nach möglich ist; also auch sie zu verzehren (consumiren), zu vernichten, zu verschlechtern, Früchte daraus zu ziehen u. s. w.

Eben durch diese Verwendung zur Befriedigung von Bedürfnissen einer Person erfüllt die Sache ihre Bestimmung, dem Willen des Menschen zu dienen. [1])

Jede Sache ist nur insofern bedeutungsvolles Object des Eigenthums, als sie irgend einen ausschliesslichen Besitz und Gebrauch zulässt. Somit ist dieser ausschliessliche Gebrauch einer Sache in seinem ganzen möglichen Umfange das eigentliche Object des Eigenthums. Das Eigenthumsrecht umfasst daher den ganzen Gebrauch der Sache, so dass nichts übrig ist, was an derselben Sache Eigenthum eines Andern sein könnte: dominium est exclusivum.

§. 57.

### b) Freiheit des Eigenthums.

Aus dem Charakter der Ausschliesslichkeit des Eigenthums ergibt sich als Consequenz die Freiheit des Eigenthums, sog. Allodialität; daher diese auch in allen positiven Rechten präsumirt wird.

---

[1]) Hegel, §. 59: „Die selbstlose Natur der Sache wird dadurch offenbar“; und §. 61: „Die Substanzialität der Sache ist ihre Nichtsubstanzialität.“

Hierauf beruht auch die römische actio negatoria, d. h. die Eigenthumsklage in negativer Form, zur Bestreitung angeblicher Eigenthumsbeschränkungen, Servituten u. dergl.

Unter der Freiheit des Eigenthums ist aber im rechtsphilosophischen Sinne nicht das zu verstehen, dass auf einer Sache, welche sich in Jemandes Eigenthum befindet, gar keine Lasten ruhen könnten oder dürften. Dies würde mitunter schon der natürlichen Lage der Grundstücke widerstreiten;[1]) auch würde darin eine begriffswidrige Beschränkung der Dispositionsbefugniss des Eigenthümers liegen, welcher kraft derselben beliebig einem Andern den Gebrauch seiner Sache gestatten kann, — sondern unter der Freiheit des Eigenthums ist zu verstehen, dass Beschränkungen derselben nicht zu vermuthen sind, und dass namentlich das Gebrauchsrecht der Sache, — soweit es ihrer Beschaffenheit nach überhaupt möglich ist, — nicht vollständig und für immer davon getrennt sein kann.

Hieraus folgt, dass die früher mitunter gemachte Unterscheidung zwischen abstractem Eigenthum oder dem Herrschaftsrechte über die Sache und dem Rechte auf den ganzen Umfang des Gebrauches — so dass dieser einer andern Person ebenfalls als ein absolutes, ewiges, dingliches Recht zustehend betrachtet würde — ein logischer Widerspruch ist.[2])

Eine solche unlogische Scheidung von Herrschaftsrecht und Gebrauchsrecht kommt allerdings, und zwar in verschiedener Weise, in den positiven Rechten vor. Sie bestand z. B. schon im älteren römischen Rechte zwischen dem sog. dominium quiritarium und dominium bonitarium (in bonis esse), was aber allmählich unpraktisch wurde und in der L. unica Cod. de jure nudo Quiritium tollendo (7, 25) ganz beseitigt ist.[3]) Es hing dies damit zusammen, dass nach dem alten römischen Rechte die einfache traditio dem Käufer einer res mancipi nicht das volle quiritarische Eigenthum gab, also noch die usucapio dazu kommen

---

[1]) So z. B. muss unvermeidlich das tiefer liegende Grundstück das von dem höher liegenden herabfliessende Wasser aufnehmen etc.

[2]) Hegel, §. 62.

[3]) Vergl. unten §. 60.

musste; bis dahin hatte nämlich der alte Eigenthümer (Verkäufer) immer noch das dominium oder jus Quiritium, d. h. die rei-vindicatio (das nudum jus Quiritium) und der Käufer vorerst nur den Besitz, allen Gebrauch und allen Nutzen der Sache.

Ganz mit der vernunftrechtlichen Ansicht übereinstimmend bildete aber sodann das spätere römische Recht den Grundsatz aus, dass das Gebrauchsrecht (usus et fructus) niemals von der Proprietät ganz getrennt werden dürfe: sondern dass ein ususfructus vom Eigenthümer einem Andern nur temporär und für seine Person verliehen werden dürfe, also der vom Eigenthum getrennte ususfructus nach einiger Zeit, jedenfalls aber spätestens bei dem Tode des Usufructuars und bei Corporationen jedenfalls nach hundert Jahren wieder mit dem Eigenthum vereinigt werden müsse; also der ususfructus auch nicht vererbt werden dürfe.[4]) Der Code Napoléon hat im Ganzen dieselbe Theorie, beschränkt aber den ususfructus bei Corporationen auf dreissig Jahre.

In anderer Weise zeigt sich noch eine Spur der unlogischen Trennung von Eigenthum und Gebrauchsrecht im römischen Rechte bei der Emphyteusis (Erbpacht) und besonders bei den deutschen Lehen, sowohl Ritter- als Bauerlehen, in der Form einer erblichen Verleihung des ususfructus nebst anderen wichtigen Proprietätsrechten. Hier spricht die Praxis von einem Obereigenthum, dominium directum, Grundherrlichkeit des Verleihers, und von einem Untereigenthum, Nutzeigenthum, eigentlich Nutzgewere, sog. dominium utile des Empfängers, so dass das Erstere nur ein nacktes Herrschaftsrecht (Herrlichkeit, Grundherrlichkeit), die rei-vindicatio directa und für gewisse Fälle ein Rückfallsrecht (Heimfallsrecht) und daneben ein Recht auf gewisse Leistungen, wie Canon (Erbpachtzins bei der Emphyteuse) und Lehendienste, servitia, verschiedener Art bei den deutschen Lehen begreift, das Andere aber (das dominium utile) das ganze Gebrauchsrecht erblich auf den Emphyteuta oder Lehensmann überträgt.

Solche Zustände konnten und mussten in Zeiten entstehen und zweckmässig sein, wo grosses uncultivirtes Grundeigenthum

---

[4]) Pr. und §. 3 Instit. de usufr. (4, 2); L. 56. Dig. h. t. (7, 1).

in einer Hand bestand und dem grossen Grundherrn daran lag, Personen zu gewinnen, die das Land bevölkerten und cultivirten, über die er ein imperium ausüben konnte, und die ihm sonst persönliche Dienste, sei es Ritterdienst oder gemeine bäuerliche Dienste, Frohnden, Grundzinsen, Zehnten u. dergl. leisteten.

Die neuere Zeit hat aber den Kampf für die Freiheit des Eigenthums in dem Sinne aufgenommen, dass man demjenigen, der das volle erbliche Besitz- und Gebrauchsrecht (das dominium utile) hat, auch das Eigenthum zuspricht. Daher will man auch Aufhebung — Allodification — der Lehen, Aufhebung der Frohndienste, der Zehnten u. dergl. und hat dies in den meisten Staaten schon durchgesetzt. Der Code Napoléon Art. 530 spricht geradezu aus, dass jede Grundrente ablöslich sein soll und überhaupt nur höchstens auf dreissig Jahre stipulirt werden dürfe.

Wenn man nun in der neueren Zeit auch nicht mehr anerkennt, dass das ganze Gebrauchsrecht dauernd vom Eigenthum getrennt werden könne, so erkennt man doch noch als Ausflüsse des Dispositionsrechtes des Eigenthümers an:

1) dass er das Gebrauchsrecht als ususfructus, oder als usus, oder als fructus allein Jemanden als zeitweises dingliches Recht (Personalservitut) verleihen, oder seinen Grundbesitz als persönliches Recht auf gewisse Zeit vermiethen, verpachten, als precarium geben könne;

2) dass auch andere einzelne Beschränkungen des Eigenthumsrechtes, welche nämlich nicht das ganze Gebrauchsrecht umfassen, für gewisse Zeit, sowie auch dauernd, für immer, zulässig sind; wie z. B. die Prädialservituten (s. §. 65).

## §. 58.

### c) Werth der Sache.

Das Gebrauchsrecht umfasst zugleich das Recht auf den Werth der Sache. Der Werth ist an sich nur etwas Ideales, d. h. die Vorstellung von der Bedeutung einer Sache, die sie für den Verkehr (commercium) hat oder die Bedeutung eines

concreten Gutes, die es jeweilig für das wirthschaftliche Zwecksbewusstsein eines gewissen Kreises hat. [1])

Der Werth einer Sache ergibt sich aus der Vergleichung des Bedürfnisses, dem sie dient, mit anderen Sachen und wahren oder eingebildeten Bedürfnissen, d. h. er bestimmt sich durch Angebot und Nachfrage. Der Werth ist als Ideales das Wesen der Sache oder ihre wahre Substanzialität oder ihre Allgemeinheit, [2]) d. h. die allgemeine Bedeutung der Sache, welche sich nach gemachter obiger Vergleichung durch Abstraction von ihrer Particularität ergibt. [3])

Das Recht auf den Werth wird juristisch bedeutend, wo durch rechtswidrige Handlungen eines Andern eine Sache beschädigt oder vernichtet wird. In diesem Falle überdauert der Werth als Ideales die physische Destruction und bildet fortan das Rechtsobject anstatt des vernichteten Gegenstandes (corpus). Im Werth liegt also die Unsterblichkeit der Sache. Wo eine Sache keinen Werth hat, ist sie juristisch bedeutungslos.

Auch bei der Verpfändung wird hauptsächlich auf den Werth der Sache Rücksicht genommen und der ganze Credit im Verkehr besteht in der Benützung des Werthes von Sachen.

Auch die ganze Lehre von der Entschädigung beruht auf dem Begriffe des Werthes. Das abstracte Recht kann eigentlich nur einen Affectionswerth kennen, d. h. in abstracto ist Jeder der eigene Richter darüber, wie viel Werth die Sache für ihn hat. Im praktischen Verkehrsleben aber entwickelt sich eine Lehre vom Marktpreis und gemeinen Werthe. Das positive Recht behandelt den Werth der Sachen unter der Bezeichnung von Interesse und Schaden (damnum) und lässt höchstens noch ausnahmsweise eine Geltendmachung des Affectionswerthes, vorbehaltlich des richterlichen Ermässigungsrechtes, arbitrium judicis, zu. Das römische Recht erlaubt regelmässig nur eine Ersatz-

---

[1]) Schäffle, Bourgoisie- und Arbeiter-National-Oeconomie; in d. deutschen Vierteljahrschrift, Heft 2, 1864.

[2]) Hegel, §. 63.

[3]) Es gibt daher auch keinen reellen Unterschied zwischen Gebrauchswerth u. Tauschwerth, denn dies Alles bedingt sich gegenseitig.

forderung des positiven erlittenen Schadens (damnum emergens)[4]) und nur ausnahmsweise, unter singulären Voraussetzungen, auch die Ersatzforderung eines entbehrten Gewinnes (lucrum cessans). Das römische Hauptgesetz über den rechtswidrig zugefügten Schaden, damnum injuria datum, damnum corpore corpori datum, ist die Lex Aquilia. Der Code Napoléon Art. 1149 begünstigt aber auch die Forderung von lucrum cessans, nach arbitrium boni viri, kennt aber keinen Affectionswerth.

## §. 59.

## II. Das Verfolgungsrecht der Sache oder die Lehre von der Rei-Vindication.

Als absolutes Recht ist der Besitz, der zugleich Eigenthum ist (oder die possessio justa, kurzweg das Eigenthum), besser als jeder blos thatsächliche Besitz, d. h. besser als jede possessio injusta, sie mag bonae vel malae fidei sein, weil selbst die bonae fidei possessio im Vergleiche mit der possessio justa als ein — wenn auch unbewusstes — Unrecht erscheint. So lange nun der als Eigenthum qualificirte Besitz, die possessio justa, thatsächlich besteht, d. h. so lange der Eigenthümer die Sache wirklich besitzt, ist das Eigenthum offenbar in seiner vollen Geltung, und der Eigenthumsbesitzer bedarf auch keines Rechtsmittels, keiner Klage etc. zur Geltendmachung seines jus possidendi, weil er hat, was ihm gebührt, und weil er durch kein Rechtsmittel mehr erlangen könnte, als er besitzt. Dies ist ausdrücklich anerkannt in §. 2, Inst. de actionibus (4, 6): „Ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem alterius esse;“ mit Ausnahme eines Falles (casus unicus, ibid.), wenn er auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums gegen den Prätendenten einer Servitut klagen will.[1])

Die praktische Bedeutung des Eigenthums als absolutes Recht tritt also der Natur der Sache nach erst dann hervor,

---

[4]) Römische Begünstigung der Beweisführung unter gewissen Voraussetzungen durch Gestattung des juramentum in litem, salvo moderamine judicis.

[1]) Oben §. 57.

wenn der Eigenthümer unfreiwillig aufgehört hat, thatsächlich zu besitzen, und die Sache durch Eigenmacht in den Besitz eines Andern übergegangen ist, also Innehabung und Recht thatsächlich geschieden sind. Es erscheint sodann das Eigenthum als das absolute Recht auf die Innehabung (jus possidendi), als Idee, im Gegensatze zur Thatsache und also (nach der Aufhebung des Besitzes durch einen Dritten) als das eigentlich Immanente in der possessio justa, d. h. als das seinem Wesen nach dem Eigenthümer Unentziehbare. Eben daher ist dieses jus possidendi zugleich der titulus zur Wiederaufhebung des neuen, unrechtmässigen, blos thatsächlichen Besitzes und zur Wiedererlangung der Sache, d. h. das Eigenthumsrecht ist das unzerstörliche geistige Band zwischen der Person des Eigenthümers und der ihm entzogenen Sache.

Das Eigenthum als Idee (Recht) kann daher mit dem thatsächlichen Besitze verbunden oder davon getrennt sein, und eben darin, dass es davon getrennt sein kann, ohne aufzuhören, besteht sein Wesen. Dieses Wesen des Eigenthums im Gegensatze des thatsächlichen Besitzes ist daher Abforderungsrecht, Verfolgungsrecht der Sache contra quemcunque possessorem, sog. Vindicationsrecht, Unterwindungsrecht, Ergreifungsrecht, gleichviel ob der neuere blos thatsächliche Inhaber der Sache bonae vel malae fidei possessor oder etwa gar nur detentor ist.

Consequent kann das Vindicationsrecht auch Keinem fehlen, welchem im historischen Rechte das ganze Gebrauchsrecht einmal zugewiesen ist. Daher gibt das römische Recht dem Emphyteuta und Superficiar, das deutsche Recht dem Vasallen u. s. w. eine rei-vindicatio utilis, woneben die rei-vindicatio des dominus directus als rei-vindicatio directa bezeichnet wird. Ebenso gewährt das positive Recht dem Usufructuar und dem Servitutberechtigten eine analoge Klage (actio confessoria) zum Schutze ihrer Bruchstücke des Gebrauchsrechtes und ebenso dem Pfandgläubiger zum Schutze seines Pfandrechtes.

Durch das Vindicationsrecht erlangt die Ausschliesslichkeit des Eigenthums erst volle Realität (Effect). Verglichen mit dem Gebrauchsrechte, welches allen Vortheil und Nutzen der Sache

umfasst, ist das Vindicationsrecht aber nur ein sog. nacktes Herrschaftsrecht, d. h. es gewährt keinen neuen materiellen Vortheil, sondern sichert nur und verschafft wieder, was dem Eigenthümer gebührt; daher heisst es auch im römischen Rechte nudum jus Quiritium.

## §. 60.

### Geschichtliche Entwickelung der Lehre von der Rei-Vindication.

Die Idee des Eigenthums als absolutes oder Vindicationsrecht contra quemcunque, d. h. sogar gegen bonae fidei possessores findet bei allen Völkern erst nach und nach Eingang. Dies ist aber kein Argument dafür, dass das Eigenthum etwa an sich etwas Unvernünftiges oder blos eine politische Erfindung wäre, sondern diese Erscheinung beweist nur, dass der Eigenthumsbegriff erst dann zur Anerkennung kommen kann, wenn ein Volk eine gewisse Höhe der Cultur und Civilisation erreicht hat und eines ethischen Rechtes im Gegensatz des jus fortioris, das im Besitz hervortritt, fähig geworden ist, bez. Gewalt (factum) und Recht (jus) zu unterscheiden vermag. Daher beruht auch der ganze gegenwärtige sociale Zustand auf der Anerkennung des Eigenthumsbegriffes; ein Wiederaufgeben desselben wäre ein Rückschritt, der aber darum unmöglich ist, weil die Menschheit das einmal als vernünftig Erkannte nicht mehr aufgeben kann, bez. Fortschritt im Vernünftigen Gesetz ihres Daseins ist.

Selbst das römische Recht, welches in seiner letzten Gestalt die Eigenthums- und Vindications-Lehre in der äussersten logischen Consequenz ausgebildet hat und hiernach also sowohl bei Mobilien als bei Immobilien die rei-vindicatio gestattet, kannte sie ursprünglich nur als eine beschränkte Institution. So war die rei-vindicatio zuerst ein privilegium des römischen Bürgers, jus Quiritium; es war überdies dominium und rei-vindicatio nur möglich an einer gewissen Klasse von Sachen (res mancipi) [1])

---

[1]) Ager italicus, iumenta et armata, mancipia, servitutes praediorum rusticorum, hereditas.

und nur unter Voraussetzung gewisser Erwerbsarten. [2]) Seit dem zweiten punischen Kriege wurde aber die Vindicationslehre von dem Praetor erweitert, und nunmehr sogar einem bonae fidei possessor im Verhältniss zu infirmiores (d. h. malae fidei possessores) eine rei-vindicatio utilis, sog. Actio Publiciana gegeben. Obschon nun hierauf die Praxis die altrömische Steifheit völlig aufgab, so wurde die alte Doctrin doch erst von Justinian in der L. unica Cod. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) aufgehoben und erklärt, dass jetzt die modi acquirendi dominii naturales die Wirkung der alten mancipatio haben sollen (§. 57).

Das deutsche Recht erkannte ursprünglich die rei-vindicatio nur in Bezug auf Immobilien an, [3]) die darum auch vorzugsweise Eigen, proprium, hiessen, und an welchen das Besitzrecht, die Gewere, auch nur auf gewisse Weise, nämlich durch Loos, gerichtliche Auflassung, bez. Investitur, Erbgang und Ersitzung von Jahr und Tag erworben werden konnte. [4])

Bei den Mobilien (fahrende Habe) kannte dagegen das alte deutsche Recht nur ein contra quemcunque zuständiges Verfolgungsrecht der geraubten, gestohlenen und verlorenen Sachen, und zwar nur und allein vermittelst der Entwährungsklage, querela de dissassina, was man wohl auch vindicatio zu nennen pflegte, aber im Wesen nur eine actio in rem scripta, eine ausgedehnte Delictsklage war, weil das fundamentum agendi hier nicht sowohl das Eigenthum, als ein Delict war, nämlich Raub, Diebstahl und Funddiebstahl oder diebliches Behalten.

In das canonische Recht ist schon die neuere römische Vindicationslehre eingedrungen; doch finden sich darin daneben auch noch Spuren von der altdeutschen Rechtsauffassung der Entwährungsklage unter dem Namen des remedium spolii sowohl in Bezug auf Mobilien als Immobilien.

---

[2]) In jure cessio, mancipatio, usucapio.

[3]) Auch die Klage des deutschen Immobiliar-Erben war und ist noch eine rei-vindicatio, keine hereditatis petitio im römischen Sinne.

[4]) Ueberdies vertrat häufig hier die Entwährungsklage, querela de dissassina, welche sich auf rechtswidrige Entsetzung aus der Gewere stützte und eine Art actio in rem scripta, bez. etwas ausgedehnte Delictsklage war, die Stelle der rei-vindicatio immobilium.

Das französische Recht hat sich principiell den altdeutschen Grundideen angeschlossen [5]) und hiermit stimmt auch die englische und amerikanische Praxis überein, während man in den deutschen Ländern, mit Ausnahme von Baden, den Rheinlanden und den Hansestädten, die Grundsätze des römischen Rechtes adoptirt hat.

## §. 61.

## III. Das Recht der Entäusserung und Veräusserung.

Da Eigenthum erwerben Sache der Willkür ist, so ergibt sich als Folgerung, dass Niemand schuldig ist, eine Sache länger zu besitzen, bez. länger Eigenthümer zu sein, als ihm beliebt. Somit liegt im Eigenthum auch die Befugniss des beliebigen Aufgebens des Besitzes und Eigenthums, und dies kann auf zweierlei Art geschehen:

1) In der Art, dass der bisherige Eigenthümer die Sache einfach verlässt, sie von sich abstösst, wegwirft, sie ignorirt, sog. derelictio, Entäusserung, wodurch die Sache wieder herrenlos wird; und

2) in der Art, dass er freiwillig die Sache einem Andern zum Eigenthumsbesitz übergibt (traditio), d. h. einem Andern körperlich mit der beiderseitigen Absicht überträgt, dass nun dieser Besitzer und Eigenthümer sein soll; dies heisst Veräusserung, alienatio.

## §. 62.

### Unveräusserliche Gegenstände.

Da alle Entäusserung und Veräusserung bedingt ist durch vorgängigen Erwerb, so ergibt sich, dass nichts veräussert werden kann als Sachen, d. h. res corporales, und zwar

1) nur solche, die in commercio sind, und

2) solche, welche der Veräusserer wirklich erworben hatte; denn nur Körperliches kann man derelinquiren und tradiren.

---

[5]) Code Napoléon, art. 2279.

Das Eigenthumsrecht an einer Sache kann man an sich nicht veräussern, weil man es als Ideales nicht tradiren kann;[1]) das Eigenthumsrecht geht implicite mit der Sache über, oder genauer, der neue redliche Erwerber der Sache hat es von selbst (ipso jure), sowie ihm der bisherige Eigenthümer das Object tradirt hat. Das Recht, Sachen als Eigenthum zu besitzen, hat jeder Mensch in sich selbst als Urrecht, d. h. als Ausfluss seiner Persönlichkeit, seines angeborenen titulus generalis, sowie sein Besitz mit dem älteren rechtlichen Besitze eines Andern nicht im Widerspruch steht, und dies ist der Fall, wenn der bisherige Eigenthumsbesitzer alienirt, d. h. tradirt, und damit consentirt, dass der neue Erwerber die Sache habe.

Im römischen Rechte verlangt man bei der Einräumung, Gestattung, von einzelnen beschränkenden Rechten in re aliena, wie z. B. Servituten, eben darum, weil man anerkennt, dass sich Rechte an Sachen nicht tradiren lassen, eine sog. quasi-traditio, d. h. dass der Erwerber einer affirmativen Servitut sie wenigstens einmal ausübe, um als wirklich dinglich Berechtigter zu gelten. Im deutschen Rechte wird die Eintragung von dergleichen Beschränkungen in das Grundbuch erfordert. Die Verpfändung einer Sache, Satzung, erfordert auch ursprünglich eine traditio der Sache, daher sog. Faustpfand, pignus. Erst später erkannte das prätorische Recht eine Verpfändung ohne traditio durch blossen Vertrag, pactum hypothecae, an; in neuerer Zeit ist dazu Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich.

Unveräusserlich ist dagegen

1) Alles, was nicht res corporalis und nicht in commercio ist.

2) Unveräusserlich ist insbesondere die Person des Menschen. L. 13. Dig. ad legem Aquiliam: „Nemo membrorum suorum dominus esse videtur," d. h. es hat Niemand an seiner Person ein Eigenthumsrecht.[2]) Daher kann nach römischem Rechte der freie Mann wegen erlittener Körperbeschädigung nicht ex lege

[1]) Man spricht zwar häufig von Veräusserung, Uebertragung von Rechten, aber dies ist nur eine ungenaue Ausdrucksweise. Wohl aber kann man Rechte aufgeben, d. h. auf ihren Gebrauch verzichten.

[2]) Nämlich so lange die Glieder oder andere Körpertheile mit dem Ganzen in Verbindung stehen.

Aquilia, d. h. nicht wegen Eigenthumsbeschädigung (damnum injuria datum), sondern er muss wegen Ehrenkränkung mit der actio injuriarum klagen. Daher kann auch das philosophische Recht keine freiwillige Ergebung in die Sklaverei für wirksam anerkennen.

3) Niemand kann mehr mit Rechtswirkung aufgeben oder veräussern, als er selbst hat. [3]) Hieraus folgt, dass die unbefugte Uebertragung fremder Sachen dem Empfänger kein dingliches Recht — Eigenthum — daran geben kann. Daher sprechen die positiven Rechte in solchem Falle mitunter von Nullität des Veräusserungsgeschäftes, [4]) vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche. Streng logisch sollte man aber nur von der rechtlichen Unwirksamkeit der traditio sprechen; denn wäre das Veräusserungsgeschäft selbst nichtig, so würde auch von Entschädigung keine Rede sein können. [5])

4) Allgemein ist anerkannt, dass seit Aufhebung der Sklaverei und Leibeigenschaft die Persönlichkeit des Menschen nicht als Ganzes veräussert und zur Sache gemacht werden kann (s. oben Ziffer 2). Allein es glauben doch noch Viele mit Hegel, §. 67, dass eine Veräusserung einzelner geistiger oder körperlicher Thätigkeiten möglich und erlaubt sei. Diese Ansicht beruht jedoch auf dem Grundirrthum, als ob persönliche Leistungen körperlichen Sachen gleichgestellt werden könnten, und dass die vertragsmässige Verpflichtung zu einer Leistung überhaupt eine Veräusserung sei. [6])

## §. 63.

### Rechtlicher Charakter der Veräusserung.

Sehr häufig wird die Veräusserung, alienatio, und das sie begründende Rechtsgeschäft, das Veräusserungsgeschäft, verwechselt. [1]) Die Veräusserung, alienatio, ist nämlich ihrem

---

[3]) „Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet."

[4]) Code Napoléon, Art. 1599: „Lavente de la chose d'autrui est nulle."

[5]) Vergl. §. 63.

[6]) Vergl. §. 64 und besonders §. 67.

[1]) Auch in den mittelalterlichen germanischen Rechtsquellen wird oft „traditio" in beiderlei Sinne gebraucht.

Wesen nach traditio, physische Uebergabe (§. 61, 62). Als Uebergang der Sache und implicite des Rechtes an derselben ist sie für den Empfänger neuer Erwerb des Besitzes und also bezüglich desselben an dessen allgemeine Voraussetzungen (factum und animus und res habilis) gebunden. Nur eine Voraussetzung des primitiven Eigenthumsbesitzes, nämlich, dass die Sache res nullius sei, greift hier nicht Platz; dagegen tritt an deren Stelle die Concession, der animus tradendi des bisherigen Eigenthümers. In der traditio liegt nämlich ein Geben von einer Seite und ein Nehmen von der andern Seite, und dies ist bedingt durch eine hierauf bezügliche Willensbestimmung beider Theile, das Veräusserungsgeschäft, [2]) welches somit der Rechtsgrund titulus specialis der Veräusserung, aber nicht diese selbst ist. Sonach erscheint die Erwerbsart durch traditio der Form nach als ein zweiseitiger Act (Geben und Nehmen) und ist überhaupt der einzige modus acquirendi dominii naturalis bilateralis.

In der traditio liegt nun allerdings ein Aufgeben des animus possidendi, s. rem sibi habendi und auch des factum (der Innehabung) selbst, wie in der derelictio; aber nicht unbedingt, sondern nur ein Zurücktreten (cedere) aus dem Besitze zu Gunsten einer bestimmten Person — also eine cessio rei. Wenn hier eine wirkliche derelictio stattfände, so könnte sich unter Umständen ein Dritter gültig zwischen das Geben und Nehmen eindrängen, z. B. bei Versendungen an einen andern Ort. [3])

Durch die traditio wird zunächst und immer der Besitz der tradirten Sache erworben; ob auch damit zugleich das Recht (Eigenthum) übergeht, hängt davon ab, ob der Tradent dieses

---

[2]) Dass ein förmlicher Vertrag, Kauf, Schenkung u. s. w. vorausgeht, ist nicht nöthig; es genügt stillschweigende Uebereinstimmung; z. B. bei dem sog. don manuel, Almosen. Auch kann der titulus specialis in einem Testamente u. s. w. liegen.

[3]) In dem Nehmen liegt allerdings ein Zugreifen, eine occupatio rei von Seiten des neuen Erwerbers, welches Zugreifen aber darum ein rechtliches ist, weil der Gebende es gestattet, und weil also ein neuer titulus specialis für dieses neue Ergreifen vorhanden ist.

Recht bisher hatte.[4]) Da dies oft zweifelhaft sein kann, wird schon im römischen Rechte der Eigenthumsbeweis als ein besonders schwerer, sog. probatio diabolica, betrachtet, wenn das Eigenthum durch traditio erworben sein will. In diesem Falle muss nämlich das dominium autoris und, nach Umständen, das dominium einer Reihe von Vormännern erwiesen werden, bis man auf Einen kommt, der die primitive Erwerbung vorgenommen hat, oder bis die Ersitzungszeit durch Einrechnung des Besitzes der Vormänner (accessio possessionis) erfüllt ist.

Das römische Recht hat die philosophische Theorie, dass das Eigenthum nicht durch blossen Vertrag, der ja nur titulus traditionis sein kann, sondern nur durch traditio und, was ihr gleichsteht — sog. traditio longa manu, traditio symbolica, übergeht, vollkommen aufgenommen. Daher die römische Regel: „traditionibus dominia rerum transferuntur." Daher auch der Grundsatz, dass, wenn die traditio bei Immobilien wirken soll, possessio vacua vorhanden sein muss, d. h. die traditio ist wirkungslos, wenn ein Dritter bei ihrer Vornahme sich schon im Besitz befindet.

Das rein deutsche Recht geht bei Immobilien noch weiter, indem es überdies eine gerichtliche Auflassung und Zugewährung, ursprünglich verbunden mit einer traditio symbolorum, sog. Investitur, sowohl bei Allodien, wie bei Lehen erforderte, an deren Stelle bei Allodien jetzt meistens die Eintragung in das Grundbuch getreten ist, und wozu mitunter noch eine gerichtliche Einweisung (Inwiesunge) kommt.

Bezüglich der Mobilien hat das deutsche Recht keine besondere Theorie aufgestellt. Es behaupten allerdings noch Manche, dass nach deutschem Rechte Eigenthum schon durch blossen Vertrag übergehe, theils weil sie die Investitur, die ein Traditionsact ist, irrthümlich als einen Vertrag betrachten, theils darum, weil sie es, wie z. B. Hegel, §. 80, schon für naturrechtlich halten, dass Eigenthum durch Vertrag übergehen könne, was ebenfalls irrig ist; denn gerade naturrechtlich muss man, um Eigenthümer

---

[4]) Siehe §. 62, Ziffer 3.

zu werden, nothwendig einmal in ein körperliches Verhältniss (Nehmen) zur Sache getreten sein (§. 62).

Etwas von dieser falschen Ansicht ist in den Code Napoléon, Art. 1583, übergegangen,[5]) indem hiernach das Eigenthum sogleich mit dem Abschluss eines Kaufgeschäftes auch ohne traditio auf den Käufer übergehen soll, aber nur im Verhältniss der Contrahenten unter einander, nicht aber in Bezug auf Dritte, was eine Halbheit ist.[6])

Allmählich entstehen aber im positiven Rechte gewisse Fictionen, sog. modi acquirendi dominii civiles, d. h. es werden gewisse Rechtsgeschäfte ausgezeichnet, bei welchen das Eigenthum ohne traditio übergeht; wie z. B. legatum, adjudicatio etc. Endlich wurde sogar gestattet, dass Jemand, der bisher als Eigenthümer besass, den Besitz der Sache ohne Weiteres im Namen und als Stellvertreter desjenigen fortsetzt, dem er sie zu Eigenthum verkauft hat; sog. constitutum possessorium.

Ausserdem wird anerkannt, dass dingliche Rechte an einer Sache durch blossen Vertrag erworben werden können, bei Bestellung einer Hypothek, durch pactum hypothecae und bei der Bestellung von negativen Servituten im Gegensatz der affirmativen (§. 62).

## §. 64.
## Geistiges Eigenthum.

Das Eigenthum ist seinem Begriffe nach ein Recht an körperlichen Sachen, weil es das Recht des ausschliesslichen Besitzes

---

[5]) Code Napoléon, art. 1583: „Elle (la vente) est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé."

[6]) Es hängt dies damit zusammen, dass das Wort „traditio" in der mittelalterlichen Latinität nicht blos die physische Uebergabe, sondern auch das Uebergabsgeschäft bezeichnete. Dabei hatte Einfluss, dass nach römischem Rechte sogleich mit dem Abschlusse des Kaufes das periculum der Sache auf den Käufer übergeht, und so lag es nahe zu glauben, als sei somit auch schon das Eigenthum übergegangen, weil doch sonst als Regel gilt: „Casum sentit dominus."

ist und nur körperliche Sachen ausschliesslich besessen werden können. Geistiges Eigenthum ist daher eine contradictio in adjecto; denn das Geistige oder Ideen können als Unkörperliches und dem Wesen nach Allgemeines [1]) kein Gegenstand des Eigenthums sein, weil sie nicht im obigen Sinne besessen werden können. Nur figürlich spricht man daher z. B. vom Besitze von Kenntnissen, Fertigkeiten, Grundsätzen, Fähigkeiten, Tugenden u. s. w., denn der Gedanke, die Idee, ist nichts Anderes als der denkende Geist in seiner Thätigkeit, also die Person selbst, d. h. der Gedanke ist bei dem denkenden Wesen und von ihm untrennbar. Ein Gedanke, so lange er nicht kundgegeben, d. h. noch nicht in Wort, Schrift oder sonstigen Zeichen, oder wahrnehmbarer That ausgesprochen und dadurch wahrnehmbares Geistesproduct geworden ist, ist zwar (als individuell erkanntes Allgemeines) allerdings noch ausschliesslich bei dem denkenden Subjecte, dem sog. Autor, Erfinder, Schöpfer, d. i. selbstständigen Erkenner; aber der Gedanke ist nicht bei ihm als körperlicher Gegenstand, nicht als Gegenstand seines Besitzes, sondern als ein Theil seiner Persönlichkeit selbst. Ist nun aber einmal ein Gedanke, eine Idee, durch Hülfe der Natur oder Kunst, durch Sprache, Schrift, Zeichen, Bild u. s. w. manifestirt (kundgegeben), d. h. äusserlich erkennbar geworden, so existirt als Sache, — wenn die Manifestation (Kundgebung) überhaupt eine bleibende, in die Sinne fallende und nicht blos, wie die Rede, eine ephemere ist, — nur das concrete Product, je nach Umständen in einem oder mehreren Exemplaren. [2]) Die Production vermittelt sodann, dass die bisher nur von einer Person (individuell) erkannte Idee, oder eine individuelle Empfindung, individuelles Gefühl, nunmehr auch von jedem Andern

[1]) D. h. was Jeder gleichzeitig mit jedem Andern haben kann, ohne dass eine Collision entsteht.

[2]) Die Idee, welche in einem Werke ausgedrückt, zur Darstellung und Erkennbarkeit für Andere gebracht ist, hört darum nicht auf, Geistiges, Gedankending und folglich Allgemeines zu sein, selbst nicht, wenn der Autor es wollte. — Auch das Wort hat eine Existenz, wenngleich keine körperliche, nämlich im Gedächtnisse. Es kann sich dasselbe Jahrtausende erhalten durch Tradition, ohne Fixirung durch Schrift, die wohl meistens später dazu kommt; daher die Sagen, Mythen etc.

mit Leichtigkeit aufgefasst und erkannt, und innerlich, ja sogar äusserlich reproducirt werden kann, wenn er die nöthigen Fähigkeiten und Fertigkeiten dazu hat, wie z. B. zum Zeichnen, Malen etc. Es ist sogar der weltgeschichtliche Zweck aller geistigen Production, die geistige Reproduction, worauf der Fortschritt der Menschheit, die Verbreitung von Bildung und Kenntnissen etc. beruht, zu vermitteln und zu erleichtern, damit nicht Jeder seine Zeit mit Versuchen zersplittern muss. Sonach ist Alles, was der Eine producirt, Arbeits- und Zeitersparniss für die Gesammtheit, und keine Erfindung würde der Welt genützt haben, wenn man von Anfang an ein sog. geistiges Eigenthum anerkannt hätte.

Richtig hat Hegel, §. 69, erkannt, dass das sog. geistige Eigenthum des Autors oder Erfinders, oder das absolute Recht, die Reproduction zu verbieten, nicht darin liegen kann, dass der Autor bei der Veräusserung eines Exemplars willkürlich die Bedingung beigefügt habe, die Sache nicht zu reproduciren, zu ediren, zu vervielfältigen u. s. w. Hegel hat richtig erkannt, dass hieraus nur eine persönliche Verbindlichkeit des Erwerbers entstehen könnte. Allein Hegel irrte, wenn er glaubte, geistiges oder literarisches etc. Eigenthum daraus ableiten zu können, dass er eine Trennung des Eigenthums am Exemplar und der Reproductionsmöglichkeit als von selbst (im Begriff) bestehend annimmt, — d. h. Hegel nimmt an, dass allgemein unterstellt werden müsse, dass der Autor die Befugniss zur Vervielfältigung mit dem Producte nicht veräussert, sondern sich selbst oder seinem Verleger vorbehalten habe. Dies wäre aber nichts Anderes als die Unterstellung einer stillschweigenden Beifügung einer Bedingung, und diese könnte doch juristisch nicht mehr bewirken als eine ausdrückliche. Uebrigens ist die Reproductionsmöglichkeit häufig gar nicht abhängig von einer Veräusserung des Products, sie ist oft schon mit dem blossen Anschauen etc. gegeben und ist auch kein Gegenstand des Eigenthums, d. h. nichts, was der Autor ausschliesslich besitzen könnte.

Das, was naturrechtlich dem Erfinder, Autor, nach der Publication seines Productes noch ausschliesslich bleiben kann, ist

nur die Ehre der ersten Erfindung oder die Originalität. Daher ist es eine Immoralität oder Rechtswidrigkeit, wenn sich Jemand fälschlich für den Autor ausgibt (sog. Plagiat).

Die Anerkennung eines geistigen Eigenthums als absolutes Recht eines Autors, gewisse mechanische oder chemische Vervielfältigungen seines Geistesproductes als unrechtmässige zu verfolgen, ist lediglich eine Institution des positiven Rechtes, welche bei dem jetzigen Zustande der Civilisation unentbehrlich ist, indem unter den dermaligen Verhältnisssen der Autor als Arbeiter häufig darauf angewiesen ist, von seinen Geistesproducten zu leben und die Vervielfältigung einen eigenen Industriezweig bildet, in welchem viele Capitalien angelegt sind, die der Staat schützen zu müssen glaubt.

In Bezug auf literarische Erzeugnisse verlangt man in der neueren Zeit Schutz gegen Nachdruck für alle Zeit, bei gewerblichen und technischen Erfindungen will man aber Erfindungspatente nur für kurze Zeit zulassen, oder es soll der Staat die Erfindung ankaufen und publiciren.

## §. 65.

## Beschränkung des Eigenthums durch dingliche Rechte.

Beschränkungen des Eigenthums in Folge des Dispositionsrechtes des Eigenthümers (§. 56, 57) können vorkommen:

I. Durch zeitweise Veräusserungen des Gebrauchsrechtes als persönliches Recht, commodatum (Leihe), Miethe, Pacht u. s. w., oder als dingliche Rechte, ususfructus, und die sog. Servituten, als Concession gewisser Gebrauchsweisen, durch Gehen, Reiten, Fahren (sog. Wegservituten) u. s. w.

Das römische Recht begrenzt den Begriff der Servituten auf ein pati und non facere, d. h. darauf, dass der Eigenthümer zu Gunsten eines Anderen etwas von ihm leiden muss oder nicht thun darf (unterlassen muss). Dergleichen Servituten können auch durch die natürliche Lage der Grundstücke entstehen, z. B. servitus aquae pluviae arcendae. Zu positiven Handlungen (praestationes) ist der Eigenthümer nach römischem Recht nicht ver-

pflichtet [1]): servitus in faciendo consistere nequit. Je nachdem die Servitut zum Vortheil einer Person oder eines Gutes, praedium dominans, d. h. zum Vortheil des jeweiligen Besitzers des sog. herrschenden Gutes bestellt ist, unterscheidet man Personal- und Realservituten. Das römische Recht unterscheidet ferner servitutes urbanae und rusticae, d. h. solche, welche bei städtischen und solche, welche bei ländlichen Grundstücken vorzukommen pflegen. Bei der servitus rustica äussert sich die Beschränkung des Eigenthümers durch die Concurrenz des Servitutberechtigten am Eigenthumsgebrauch, Mitgebrauch des Weges, der Quelle etc.; die servitus urbana ist ein Bruchtheil des Eigenthums, sie entzieht dem dominus einen Theil hiervon und gibt dem Berechtigten ein exclusives Recht, z. B. servitus projiciendi in die Luftsäule. Die servitus rustica gibt dem Berechtigten ein Recht, etwas zu thun, ein jus faciendi; die servitus urbana gibt ihm ein jus habendi, z. B. ein Fenster, Balken etc., oder ein jus prohibendi, z. B. ne altius tollatur. Die servitus rustica war res mancipi, die urbana aber nicht. Die servitus rustica konnte auch als Personalservitut constituirt, also auch unter Umständen besonders veräussert werden.

Der gemeinsame Charakter aller eigentlichen Servituten (ausser dem usus fructus) besteht darin;

1) dass der Inhalt des Rechtes (der Gegenstand der Servitut) beliebig mannigfach ist, also indefinitum; [2])

2) dass sie nicht an Andere, soviel das Recht selbst anbetrifft (quo ad jus), cedirt werden können;

3) dass sie eine causa perpetua voraussetzen; [3]) und

4) dass sie untheilbar sind: causa servitutum est individua.

Im deutschen Rechte kam es oft vor, dass der Grundbesitzer sogar auch zu persönlichen Leistungen (Geben, Thun) verpflichtet war, wie Grundzins (census), Zehnten (decimae) und Frohndienste

---

1) Mit Ausnahme eines einzigen Falles bei der servitus oneris ferendi.

2) Wenn man sagt, dass Jemand eine Servitut hat, so ist damit noch nicht erkennbar, worin sie besteht; wogegen alle anderen dinglichen Rechte bestimmten Inhalt haben.

3) Hierdurch unterscheiden sich die servitutes vom usufructus.

(servitia). Solche Verhältnisse, welche früher vielfach bestanden, waren keine Servituten im römischen Sinne, sondern eine eigene Klasse von deutsch-dinglichen oder Immobiliarrechten; die Praxis behandelte sie aber nach Analogie der römischen Servituten. Dergleichen Rechte hat die neuere Gesetzgebung grösstentheils beseitigt. [4])

Da der usus fructus in re aliena und die Servituten im Grunde doch nur vom Eigenthum abgetrennte Befugnisse sind, so spricht man bei ihnen von einem besitzähnlichen Verhältnisse (juris quasi possessio), welches in ihrer Ausübung (exercitium) besteht. Auch gibt man dem Usufructuar und Servitutberechtigten eine dingliche Klage nach Analogie der Eigenthumsklage zum Schutze seines Rechtes, römisch actio confessoria genannt.

II. Eine andere Beschränkung des Eigenthums kann entstehen durch Veräusserung des Veräusserungsrechtes. Hierauf beruht die Lehre des positiven Rechtes von der Verpfändung, sowohl als Faustpfand, pignus, d. h. mit Besitzübertragung an den Gläubiger, als auch als Hypothek, d. h. durch blossen Vertrag, pactum, ohne sofortige Besitzübertragung. Was dem Gläubiger zu seiner Sicherheit in beiden Fällen eingeräumt wird, ist das Verkaufsrecht der Sache, um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Uebrigens ist die Verpfändung eine der spätesten Erfindungen des positiven Rechtes; so z. B. ist im römischen Rechte das pignus der jüngste genannte Real-Contract, und die Hypothek sogar erst prätorische Erfindung. In der älteren Zeit vertrat die Stelle der Verpfändung gewöhnlich ein Verkauf der Sachen an den Gläubiger mit einem pactum de retro-vendendo, d. h. mit dem Nebenversprechen des Rückverkaufes, bez. der Rückgabe, wenn das Geld zurückbezahlt wird (altrömisch pactum fiduciae) oder Vorbehalt des Wiedereinlösungsrechtes. Solche, jetzt gewöhnlich wucherische Geschäfte nennt man heutzutage Rückkaufsgeschäfte. Auch im altdeutschen Rechte vertrat das Rückkaufsgeschäft die Stelle des Pfandrechtes oder der Satzung.

---

[4]) Frohnden u. Zehnten sind meistens abgeschafft; Grundzins besteht meistens noch.

Unterschiede zwischen dem römischen und deutschen Pfandrechte finden darin statt, dass im römischen Rechte Generalhypotheken statthaft sind, [5]) auch Hypotheken an Mobilien wie an Immobilien, auch sog. stillschweigende, d. h. gesetzliche oder Legalhypotheken. Das deutsche Recht kannte ursprünglich die Satzung (das Versatzgeschäft) nur als Faustpfandbestellung, sowohl bei Mobilien, als Immobilien; statt der Hypothek erscheint zuerst die Einräumung eines jus pignorandi an den Gläubiger, d. h. des Rechtes, sich ein Pfand aus dem Vermögen des Schuldners zu holen; im Uebrigen lernte man die Hypothek erst aus dem römischen Rechte kennen, aber recipirte sie meistens nur mit der Modification, dass man nur Specialhypotheken und nur an Immobilien zulässt, und dass Vertrag und Gesetz nicht selbst eine Hypothek bewirken können, sondern nur Rechtstitel sind zur Erlangung einer Hypothek, die aber in der früheren Zeit nur durch gerichtliche Investitur erlangt werden konnte und heutzutage erst durch Eintragung in das Hypothekenbuch wirklich wird, so dass jetzt alles deutsche Hypothekenrecht, wie das französische, auf den Grundideen der Specialität und Publicität beruht.

III. Eine Veräusserung des Rei-Vindicationsrechtes gibt es nicht, weil sein alleiniger Erwerb für einen Dritten kein Interesse haben kann. Diejenigen Personen aber, welche dingliche Rechte in re aliena erwerben, haben eben desshalb von selbst, de jure, entsprechende dingliche Klagen zum Schutze derselben, wie rei-vindicatio utilis, actio confessoria, actio pignoratitia in rem s. hypothecaria. [6])

## §. 66.

### Erlöschung des Eigenthums.

Das Eigenthum erlischt, sowie die absolute Verfolgung der Sache contra quemcunque thatsächlich oder rechtlich unmöglich wird.

Ersteres ist der Fall bei dem Untergange der Sache, inclusive der Specification; das Zweite ist der Fall bei der Dereliction, sowie da, wo das Eigenthum in Folge rechtlicher Grund-

[5]) „Hypotheca omnium bonorum; quae habeo habiturusve sum.“

[6]) S. oben §. 59. 60.

sätze von selbst an einen Andern übergeht, wie bei der alluvio, der adjunctio, bei der Ersitzung und bei der Veräusserung, d. h. sowie die traditio mit dem animus alienandi stattgefunden hat. Das positive Recht kann nun verschieden die Casuistik bestimmen, z. B. wenn durch Entfliehen zahmer oder wilder Thiere das Eigenthum verloren wird oder nicht.

Eine erlöschende Verjährung des Eigenthums gibt es nach abstractem Rechte nicht, weil sie nichts Anderes wäre als ein Erlöschen einer Eigenthumsklage, welche nur positiv-rechtliche Erfindung ist. [1])

---

## II. Abtheilung.

# Das Recht der Forderungen.

## (Obligationenrecht.)

### §. 67.

### Von den Forderungen überhaupt.

Gegenstand des rechtlichen Erwerbes können nicht nur Sachen sein, sondern auch Ansprüche auf Handlungen, d. h. auf den Gebrauch der Willensfreiheit anderer Personen in unserem Interesse. [1])

Handlungen, welche in Folge eines solchen Anspruches, d. h. eines berechtigten Verlangens eines Andern vorzunehmen sind, heissen im Allgemeinen Leistungen, praestationes. Jeder Anspruch auf eine Leistung wird eine Forderung (Forderungsrecht, jus obligationis) genannt, weil er zunächst in der Befugniss des Verlangens einer Handlung eines Andern besteht.

Gegenstand einer Forderung kann daher Alles, aber auch nur das sein, was vernünftiger Weise von einem Andern frei gewährt werden könnte, eben weil es sich um einen Act der Willensfreiheit handelt.

Eben darin, dass die Forderung nur auf einer vorhergegan-

---

[1]) Vergl. §. 52, Ziffer 1.

[1]) Ueber den Willen als Rechtstitel der Forderungen siehe oben §. 41.

genen freien Willensbestimmung beruht und auf sie geht, liegt ihre Rechtlichkeit und zugleich die Grenze der rechtlichen Forderung. Es wird also vorausgesetzt, dass der Verpflichtete die Leistung machen könne, ohne dadurch aufzuhören, selbst Person, d. h. Rechtssubject zu sein (§. 32. 33. 62).

Gegenstand einer Forderung kann daher nicht die Willensfreiheit des Andern an sich sein, welche jeder Person fortwährend (als Immanenz) zusteht, sondern nur die Leistung, d. h. der einzelne Gebrauch oder Act, oder die Manifestation der freien Willensbestimmung als etwas Concretes und Aeusserliches. Irrig macht nun aber Hegel, §. 75, eine äusserliche Sache zum Gegenstande der Forderung. Es kann aber etwas äusserlich wahrnehmbar und doch keine Sache sein, wie z. B. jede Handlung als solche. Es ist überhaupt ganz unrichtig, wenn man glaubt, dass jemals eine Sache unmittelbares Object einer Forderung sein könne; dies ist immer nur die Leistung.

Desgleichen ist es ganz irrig, wenn man, wie sehr häufig und auch von Hegel, §. 73, geschieht, den Willen des Verpflichteten aus einem Vertrage etc. als einen an den Forderungsberechtigten veräusserten Willen darstellt und also den Rechtsgrund der Forderungsrechte in einer theilweisen Veräusserung des Willens des Verpflichteten finden will; denn dies steht mit dem Begriffe einer Person im directen Widerspruche (§. 62).

Die Willensfreiheit eines Menschen ist absolut unveräusserlich, sowohl theilweise, als im Ganzen. Ueberdies kann man nur bei körperlichen Sachen von Veräusserung reden, weil man nur diese alieniren, tradiren, von sich abstossen kann. Das Forderungsrecht ist aber die Lehre vom Unveräusserlichen, d. h. von der Willensfreiheit und ihrem Gebrauche und eben darum der Gegensatz zum Sachenrechte, als der Lehre vom Veräusserlichen. Auch ist bei obiger Auffassung übersehen, dass nicht jeder Erwerb von einem Andern eine Veräusserung voraussetzt, nämlich niemals im Reiche des Geistes; so z. B. lassen sich Kenntnisse durch Unterricht erwerben, ohne dass der Lehrer dadurch seine Wissenschaft veräussert hat. Viel besser drückt sich schon das römische Recht aus, welches hier nicht von Veräusserung des Willens, sondern von einem Gebundensein des-

selben — obligatio — spricht, was übrigens auch nur ein figürlicher Ausdruck ist. Denn dieses Gebundensein liegt immer nur in der Selbstbestimmung, Autonomie, des Verpflichteten; dieser bindet sich selbst, d. h. er gibt sich selbst das Gesetz, von seinem Willen einen bestimmten Gebrauch zu machen; dabei bleibt aber sein Wille immer der seinige. [2])

Die Leistungen, praestationes, können positive oder negative sein, sog. Commissiv-Handlungen oder Omissiv-Handlungen, Begehungs- oder Unterlassungs-Handlungen. Die Formen der ersteren sind dare und facere. Das römische Recht unterscheidet auch nur diese beiden Formen bei den ungenannten Real-Contracten; bei den übrigen Verträgen unterscheidet es aber dare, facere und praestare, indem der Römer unter dare vorzugsweise ein solches Geben versteht, in Folge dessen der Empfänger Eigenthümer werden soll, unter praestare aber jedes andere Zurverfügungstellen einer Sache, wie z. B. bei einer Miethe.

Jede Forderung, als auf ein dare, facere und praestare gerichtet, geht daher direct immer nur gegen eine Person, niemals direct auf eine Sache. Sie setzt also immer einen besonderen Verpflichtungsgrund, titulus specialis, als fundamentum obligatorium voraus; sie erzeugt daher auch nur ein persönliches Recht und nur eine persönliche Klage im positiven Rechte, jus in personam s. ad rem, nach dem Ausdrucke der französischen Jurisprudence eine Mobiliarklage. [3])

## §. 68.

## Von der Geltendmachung der Forderungsrechte oder dem Zwange zur Leistung.

In Bezug auf die Forderungsrechte drängt sich vor Allem die Frage auf, ob und inwiefern eine Forderung rechtlich erzwingbar sein kann; denn wenn sie dies nicht sein kann, wäre wirklich kein Forderungsrecht möglich und vorhanden.

---

[2]) Daher kann auch der, welcher etwas versprochen hat, jeden Augenblick seinen Willen ändern, vertragsbrüchig werden.

[3]) Oben §. 54. — Ueber die Entstehung von Forderungsrechten aus der rechtlichen, sowie aus der widerrechtlichen Willensbestimmung eines Andern siehe §. 41.

Diejenigen, welche den Rechtsgrund der Forderungsrechte in eine Veräusserung des Willens des Verpflichteten setzen (§. 67), sehen in dieser den Grund der Erzwingbarkeit der Forderungen. Aber eine solche Veräusserung ist nun einmal nicht da. Man muss vielmehr geradezu anerkennen, dass es sogar regelmässig physisch unmöglich ist, eine Person, die hartnäckig weigert, zu einer Leistung direct zu zwingen, nämlich bei allen positiven Leistungen.[1])

Da nun aber ein directer Zwang zu einer positiven Handlung unläugbar ein Angriff auf die Freiheit des Individuums wäre, selbst wenn er und wo er physisch durchgesetzt werden könnte, z. B. durch Erregung von Furcht (metus), Bedrohung u. s. w., so muss er als ein Angriff auf das Urrecht der Persönlichkeit für verwerflich und unzulässig erachtet werden. Eben hiernach entsteht die Frage, was denn sonst geschehen kann, indem klar ist, dass es gar kein Forderungsrecht geben könnte, wenn die Leistung nicht in irgend einer andern Weise erzwingbar wäre.

Vernunftgemäss hilft nun hier der indirecte Zwang aus, d. h. ein Zwang, der nicht gegen eine Person, sondern gegen deren Sachen als Aeusserliches und Zufälliges und darum von der Person Verschiedenes gerichtet wird. Bei einer Forderung eines dare muss daher der Berechtigte für befugt erachtet werden, die betreffende Sache selbst zu nehmen, so dass also das Nehmen an die Stelle des Geben tritt. Nach abstractem Rechte darf also der Gläubiger hier sich aus den Sachen des Schuldners selbst befriedigen, bez. ihn auspfänden, pignorare. Im Staate tritt aber an die Stelle der Selbstpfändung (Selbsthilfe) allmählich die gerichtliche Auspfändung (Execution). Die obligationes ad faciendum sind aber in einen Entschädigungsanspruch, in eine Forderung auf Ersatz des Werthes und Interesse umzuwandeln, worauf sodann auch wie bei einer obligatio ad dandum zu verfahren ist.[2])

[1]) Nur zur Unterlassung kann man mitunter eine Person zwingen, durch Einsperrung etc.

[2]) Dasselbe gilt von einer obligatio ad praestandum, wenn die verzögerte praestatio nicht mehr nachzuholen, oder die verspätete praestatio dem Gläubiger werthlos geworden ist.

Im deutschen Rechte erhielt sich lange Zeit die rechtsphilosophische Theorie der Selbsthilfe an Sachen des Verpflichteten, das pignorare, Auspfänden, was im Grunde auch die juristische Idee, der eigentliche Kern und Zweck des sog. Faustrechtes oder der faida, des Fehderechtes, war. In dieser Beziehung war das Faustrecht wirklich ein Rechtsinstitut. Daher erklärt sich der Ausdruck in den alten Urkunden, dass der Gläubiger bei mora des Schuldners befugt sein soll, sich zu befriedigen „mit und ohne Gericht," d. h. mit oder ohne Gerichtshilfe.[3])

Der Grundsatz, dass jede obligatio ad faciendum sich in eine Entschädigungsforderung auflöst, ist direct ausgesprochen im Code Napoléon, art. 1142. Im römischen und canonischen Rechte zeigt sich dies besonders bei den Sponsalien. Im römischen Rechte gehen im Uebrigen die Klagen aus Obligationen ad faciendum nur subsidiär auf das id quod interest.

In der älteren Zeit, wo die Sklaverei, Leibeigenschaft oder Hörigkeit bei allen Völkern vorkam, und man also keinen Anstoss daran nahm, auch Menschen wie Sachen zu behandeln, huldigte man im Allgemeinen der rohen Ansicht, dass in jeder obligatio eine Veräusserung des Willens, gewissermaassen also der Persönlichkeit des Schuldners selbst liege, wie dies selbst Hegel noch thut.

Als Ausfluss hiervon erscheint sodann im altrömischen Rechte das in partes secare des Cridars (Concursschuldners);[4]) sodann in Deutschland das Uebergeben des Schuldners an den Gläubiger als Leibeigenen, mitunter nur bis zur Zahlung oder Abarbeitung der Schuld, später das Uebergeben zu Hand und Halfter, d. h. zu leichtem Privatgefängniss und zu leichter Fessel, woraus später der moderne Wechsel- und Schuldarrest hervorgegangen ist. Damit zusammen hängt im Mittelalter auch die

---

[3]) Es gilt immer für eine Freundlichkeit, wenn ein Schuldner zu rechter Zeit zahlt, ohne es also auf die Execution ankommen zu lassen; daher ist es üblich, für eine solche Zahlung dankend (mit Dank) zu quittiren.

[4]) Auch in der Lex Salica bei Sklaven.

Verpflichtung der Bürgen zu einem Leisten, d. h. dienen in knechtischer Weise, so dass sie der Gläubiger sogar vermiethen konnte. Auch das alte Einlager, obstagium, welches auch Leisten hiess, war eine Art von Privatschuldarrest.

Im Jahre 1867 ist in Frankreich der Schuld- und Wechselarrest aufgehoben worden; ebenso jetzt im neuen deutschen Reich.

## §. 69.

### Von der sog. Cession der Forderungsrechte.

Cedere heisst eigentlich „weichen aus einem Besitze"; cediren, abtreten, ist also eigentlich übertragen, tradere. Sonach ist eine wahre Cession logisch nur bei körperlichen Sachen denkbar (cessio rei). Die dinglichen Rechte gehen sodann ipso jure mit der traditio der Sache über (§. 64). Da nun keine Forderung direct auf eine Sache geht (§. 67), sondern nur auf eine Leistung und daher nur persönliche Rechte und Verbindlichkeiten begründet, so können auch keine Forderungsrechte und keine denselben correspondirenden Verbindlichkeiten im eigentlichen Sinne cedirt werden. Hinsichtlich der Verbindlichkeiten ist dies von selbst klar, weil eine solche willkürliche Verweisung des Gläubigers an einen Dritten durch den Schuldner dem Begriffe der Personalobligation widerspricht. Wo sich ein Gläubiger freiwillig an einen Andern von seinem Schuldner verweisen lässt und der Dritte sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit bereit erklärt, ist dies eine Novation; diese kann cumulativa oder privativa sein, je nachdem das alte Schuldverhältniss noch daneben fortbestehen oder aufgehoben sein soll.

Aber auch hinsichtlich des Forderungsrechtes selbst gilt das Nämliche; einmal darum, weil die Forderungsrechte überhaupt etwas Ideales sind; dann aber auch darum, weil der Schuldner bei Forderungen dem Gläubiger nur ex fundamento speciali und nur diesem bestimmten Gläubiger verpflichtet ist. Die einseitige Uebertragung der Forderung durch den Gläubiger an eine andere Person würde also die Forderung in ihrem Grunde selbst aufheben oder zerstören. Denn in dem Momente, wo der

Gläubiger seine Forderung nicht mehr als die seinige betrachten will, ist nichts mehr übrig, was er an den Dritten übertragen könnte. Die Forderungen können also als solche niemals cedirt werden, sondern man kann bei Forderungen einem Dritten nichts übertragen als die Ausübung (exercitium) des Rechtes des Gläubigers, so lange dieses selbst noch besteht. Dieses Fortbestehen des Rechtes des ursprünglichen Gläubigers ist also die unerlässliche Voraussetzung der Uebertragung des exercitium juris an einen Dritten.

Diese Concession des exercitium juris, d. h. des Klagerechtes, ist es nun, was man im gemeinen Leben die Cession der Schuldforderungen (cessio nominis) nennt. Diese ist also juristisch nichts Anderes als eine Beauftragung zur Erhebung der Schuld und eventuell zur Anstellung und Durchführung der Klage (mandatum ad agendum) mit der Nebenbestimmung, dass der Mandatar (procurator) das behalten darf, was er durch die Durchführung des Auftrages erlangt, d. h. römisch rechtlich, der sog. Cessionar ist nichts weiter als ein procurator in rem suam.

In der neueren Zeit hat man aber aus Rücksicht auf den Verkehr angefangen, in der Gesetzgebung gewisse Fälle auszuzeichnen, in welchen Jemand ohne Weiteres, und ohne dass die logische und römische Doctrin vom procurator in rem suam eingeschoben wird, direct als selbstberechtigter Gläubiger an die Stelle eines älteren Gläubigers tretend betrachtet wird, z. B. bei Papiergeld, Bankbillets, Inhaber-Papieren etc. In solchen Fällen spricht man von Subrogation.

## §. 70.

### Concurrenz und Collision der Forderungsrechte.

Diejenigen, welche das Forderungsrecht auf eine (partielle) Veräusserung des Willens des Verpflichteten gründen, müssen consequent zu der Behauptung kommen:

1) dass bei der Concurrenz von Forderungen mehrerer Gläu-

biger gegen einen Schuldner die Priorität der Zeit ihrer Entstehung über die Priorität der Leistungen entscheidet, und

2) dass, wenn mehreren Personen dieselbe Sache oder Leistung versprochen ist, die späteren Verträge nichtig sind.

Da aber jede Forderung auf einem freiwilligen Willensacte des Verpflichteten beruht, der Wille aber nicht veräusserlich ist (§. 67), und da jedes Forderungsrecht nur etwas Ideales, also Unkörperliches und nichts Besitzfähiges ist, so kann bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungsrechte verschiedener Gläubiger gegen dieselbe Person (sog. Concurrenz der Forderungsrechte) die Priorität der Zeit keinen Vorzug geben wie im Sachenrecht (§. 47). Es ist daher jede Forderung als Ideales der andern vollkommen gleich. Ueberdies ist die Concurrenz der Forderungen vollkommen gleichgültig, wenn der Schuldner Mittel hat, alle Leistungen zu machen; erst bei Unzulänglichkeit der Mittel des Schuldners, bez. bei Collision der Forderungen kann die Frage nach dem Vorzuge einer oder der andern Forderung vor den übrigen überhaupt entstehen. Da nun die Priorität der Entstehung der Forderung nach abstractem Rechte nicht entscheiden kann, so entscheidet hier nur die Priorität der Leistung von Seite des Schuldners oder des Nehmens von Seite des Gläubigers (§. 68), weil hierdurch erst ein Gläubiger in den Besitz einer körperlichen besitzfähigen Sache gelangt.[1]) Langt das Vermögen des Schuldners nicht aus, alle seine Gläubiger zu befriedigen, und melden sie sich zu gleicher Zeit, so müssen sie pro rata verlieren. Dieser Grundsatz liegt auch allen positiven Rechten in der Lehre vom Concurse der Gläubiger zu Grunde, indem überall alle einfachen Gläubiger, sog. nudi chirographarii, mit einander in die letzte Classe gewiesen werden und hier pro rata Befriedigung zu suchen haben, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit ihrer Forderungen. Nur das positive Recht kann

---

[1]) „Beati possidentes." — Erst das positive Recht führt hier die Beschränkung ein, dass ein Schuldner, wenn er bereits in materiellem Concurs ist, keinen Gläubiger zum Nachtheil der andern begünstigen, bez. ihn vorzugsweise befriedigen darf. Hierauf beruht im römischen Rechte die Lehre von der Actio Pauliana.

also für gewisse Forderungen Vorzugsrechte, resp. im Concurs die Versetzung in eine höhere Classe bewirken. Logisch hat nur ein Pfandgläubiger ein Vorzugsrecht vor den nudis chirographariis, soweit nämlich der Werth der ihm verpfändeten Sache reicht, weil er durch die Verpfändung schon in soweit besitzt oder, wie bei der Hypothek, als besitzend fingirt wird. Aus gleichem Grunde geht unter mehreren Pfandgläubigern an derselben Sache der ältere dem jüngeren vor. Alle anderen Vorzugsrechte beruhen lediglich auf positiven Rechtsvorschriften.

Auch das ist unrichtig, dass bei mehrfachen Versprechen derselben Leistung (Sache oder Handlung) an verschiedene Personen nur das erste Versprechen gültig, die andern aber nichtig wären; denn der Wille des Schuldners ist eben bei keiner Forderung veräussert und jedes unerfüllte Versprechen löst sich am Ende in einen Entschädigungsanspruch auf. Hiervon könnte gar nicht die Rede sein, wenn die jüngeren Versprechen derselben Leistung nichtig wären.

## I. Unterabtheilung.
## Das Vertragsrecht.

### §. 71.
### Begriff von Vertrag.

Der Vertrag, conventio, pactum, jetzt auch insgemein contractus, französisch contrat, genannt, ist eine freie und willkürliche (und eben darum rechtliche) Willensbestimmuug mehrerer Personen, der sog. Paciscenten, über die Begründung eines Forderungsrechtes (mutuus consensus de obligatione constituenda).

Es erhellt aus dem Bisherigen (§. 67—70), dass der Vertrag weder eine Veräusserung des Willens, noch von Sachen ist; ersteres nicht, weil die Willensfreiheit als Immanenz der Person unveräusserlich ist, und letzteres nicht, weil mit der blossen Willenserklärung noch keine Sache hinweggegeben ist.

Das Wesen des Vertrages beruht lediglich in einer gegenseitig erklärten Selbstgesetzgebung oder Autonomie (Selbstbe-

stimmung) über den Gebrauch der Willensfreiheit, und zwar im Bereiche des Willkürlichen und Potestativen. Das Eigenthümliche dieser Autonomie besteht hier in ihrer Gegenseitigkeit, so dass die Autonomie des Einen die Voraussetzung (conditio tacita) für die Autonomie des Andern ist. Die Verbindlichkeit oder sog. Heiligkeit der Verträge wurzelt daher ursprünglich, d. h. bevor sie ein positives Recht ausspricht, in der sittlichen Bedeutung der Autonomie, d. h. in der Selbstachtung, die jedes vernünftige Individuum vor sich selbst haben muss. [1])

In der älteren Zeit wollte man auch bei Verträgen, ähnlich wie im Sachenrechte, einen modus und titulus acquirendi des Forderungsrechtes unterscheiden. Der titulus sollte in der Willensfreiheit liegen, der modus in der Willenserklärung. [2]) Allein diese Unterscheidung ist im Vertragsrechte bedeutungslos, weil der angebliche modus nichts Anderes ist als der Vertrag selbst, und also im Begriffe des Vertrages modus und titulus zusammenfallen, bez. jeder Vertrag als Thatsache selbst ein Rechtsgrund, titulus, für eine Leistung ist. Eben wegen dieser Eigenschaft als Rechtsgrund (titulus) einer Leistung erscheint der Vertrag zugleich in praktischer Beziehung als das gegenseitig anerkannte Gesetz des gegenseitigen Handelns der Paciscenten; daher bezeichnet das römische Recht den Inhalt (tenor) der Verträge als lex contractus.

## §. 72.

### Von dem Wesen der gegenseitigen Willenserklärung.

Die gegenseitige Willenserklärung (mutuus consensus) besteht:

1) in der Erklärung des einen Theiles, dem andern etwas leisten, bez. ein Forderungsrecht einräumen zu wollen (Versprechen, promissio, pollicitatio, sponsio, im canonischen Rechte votum, im altdeutschen Rechte Gelof, d. h. Gelübde). Es ist dies eine Erklärung, welche in der Absicht geschieht, den Andern

---

[1]) „Ein Wort, ein Mann."

[2]) Es hängt dies mit der Theorie zusammen, welche den Willen bei Obligationen als veräussert betrachtet.

zu ihrer Annahme zu veranlassen, oder in der Absicht, der Aufforderung des Andern, sich ihm zu verpflichten, zu entsprechen.

2) Dazu gehört sodann noch die Erklärung des andern Theils, sich die Leistung machen lassen zu wollen, d. h. den Andern seinem Anerbieten gemäss für verpflichtet zu halten (Annahme des Versprechens, acceptatio), so dass die promissio erst durch das Hinzukommen der acceptatio rechtliche Bedeutung erhält.

Daher kann man den Vertrag kurz definiren als: angenommenes Versprechen, pollicitatio acceptata.

Ob etwa die acceptatio vorangeht in der Form einer Anfrage und hierauf die sponsio erfolgt, wie bei der römischen stipulatio, ist für den Begriff des Vertrages gleichgültig.

Verschieden von einer vertragsmässigen Willenserklärung ist die einfache Rede, simplex dictum, d. h. jede Erklärung, sei es auch in Form einer Zusage oder eines Versprechens,[1]) wobei der animus, sich rechtlich zu verpflichten, fehlt. Um nun den Zweifel über das Dasein eines simplex dictum oder eines verbindlichen Vertrages zu beseitigen, hatte das römische Recht die stipulatio und andere Formal-Contracte erfunden, auch gewisse Verträge ohne Einkleidung in die Stipulationsform etc. für klagbar, als sog. contractus und pacta praetoria und pacta legitima erklärt, so dass alle anderen Verabredungen nur als dicta simplicia zu behandeln waren, sog. pacta nuda. Ueberhaupt findet man bei allen rohen Völkern, auch im altdeutschen Rechte, am Anfang eine starke Rechtssymbolik, Investituren,[2]) Bewirthungen, gerichtliches Weinen (Weintrinken) zur Beweisfeststellung über die Ernstlichkeit einer Zusage.

## §. 73.

### Wesentliche Voraussetzungen der Verträge.

Die Gültigkeit der Verträge hängt ab:

1) von der Fähigkeit der Paciscenten (capacité);

---

[1]) Z. B. Höflichkeitsbezeugungen, Zusage in einer Gesellschaft zu erscheinen.

[2]) Z. B. Geloben auf den Schwurstab, Binden der Hände, Lehenband, Handschlag, Zupfen am Ohr etc.

2) von der Möglichkeit und Zulässigkeit der Leistung (cause licite), und

3) von der Bestimmtheit und Richtigkeit der Einwilligung (objet certain, consentement). [1])

## §. 74.

### I. Die Paciscenten.

Hinsichtlich der Paciscenten wird erfordert, dass sie vertragsfähige Personen sind, d. h. rechtsfähig überhaupt; insbesondere aber müssen sie die physischen und psychischen Eigenschaften haben, um ihren Willen frei bestimmen und ausdrücken zu können; daher Kinder, Geisteskranke, Blödsinnige, Cretins, völlig Betrunkene nicht fähig sind, Verträge einzugehen. Der Begriff der infantia, ihre Dauer, muss durch die positive Gesetzgebung festgestellt werden. [1]) Dabei kann die positive Gesetzgebung noch weiter Unterschiede von impuberes und puberes, minor aetas und major aetas, bez. durch die Altersstufen bedingte grössere oder geringere Beschränkungen der Vertragsfähigkeit einführen. [2])

Das canonische Recht hatte keine Frist für die infantia absolut bestimmt, sondern sah bei Delicten darauf, ob etwa eine frühe Reife des Geistes eingetreten sei, [3]) oder ob sich bei concubitus schon Fortpflanzungsfähigkeit eingestellt hatte.

## §. 75.

### II. Vertragsgegenstand.

Hinsichtlich des Gegenstandes ist die Gültigkeit der Verträge davon abhängig, ob die Leistung möglich und willkürlich

---

[1]) Vergl. Code Napoléon, Art. 1108.

[1]) Römisch und auch sonst allgemein sieben Jahre.

[2]) Deutsches R.-Straf-Gesetz: 12 Jahre = infantia.

[3]) „Si malitia aetatem supplet.“ — Auch in der älteren deutschen Praxis finden sich Beispiele, dass man Proben veranstaltete, um die malitia bei Kindern oder deren Unzurechnungsfähigkeit zu ermitteln. — Heutzutage sieht man umgekehrt bei infantia majores darauf, ob etwa ihr Begriffsvermögen noch zurück ist.

(potestativ) ist, d. h. dass sich die Leistung auf eine Sache bezieht oder doch auf eine Handlung, welche eine Werthbestimmung zulässt. Ein Vertrag, nach welchem eine physisch unmögliche oder eine unsittliche, oder rechtswidrige, oder rechtlich unmögliche Handlung bedungen wird, ist daher an sich nichtig. Das römische Recht erlaubt aber in gewissen Fällen einer turpitudo, dass der Empfänger des Lohnes für eine schändliche Handlung diesen behalten darf, wenn er auch nicht darauf klagen konnte.[1])

## §. 76.

### III. Von den rechtlichen Erfordernissen der verbindlichen Willenserklärungen, von deren Mängeln (error, dolus, vis vel metus) und möglichen Modalitäten (conditio, dies, modus).

Die Gültigkeit der Verträge ist endlich dadurch bedingt:

1) Dass die Willenserklärung bestimmt ausgedrückt ist, d. h. dass die Modalität oder genus und species des Vertrages unzweifelhaft feststeht; z. B. dass feststeht, ob verkauft oder geschenkt werden will.

2) Die Willenserklärung muss auf richtigen Vorstellungen beruhen; daher ist ein Vertrag nichtig, wenn dabei auch nur von einer Seite ein wesentlicher Irrthum (error essentialis) unterlaufen ist, oder wenn von einer Seite ein Betrug (dolus) dabei stattgefunden hat, d. h. eine Handlung in der böslichen Absicht, um den Andern zu täuschen, ihn in einen Irrthum zu versetzen.

3) Die Willenserklärung muss frei sein, d. h. sie muss ohne Nöthigung durch Gewalt oder Drohungen (vis vel metus) ertheilt worden sein. Daher erwähnt das römische Recht tria vitia consensus: „error, dolus, vis vel metus." Diese rechtsphilosophische Theorie, wonach in solchen Fällen das Geschäft nichtig ist, hat das römische Recht im Wesentlichen bezüglich des error, dolus und der vis anerkannt, nämlich bei den bonae fidei negotiis; bei den stricti juris negotiis wird durch restitutio in integrum geholfen. Bei metus nimmt man aber wegen der L. 21. §. 5. Dig. quod metus causa gestum fuerit (4, 2) jetzt

---

[1]) „In pari turpitudine melior est conditio possidentis."

insgemein an, dass hier überhaupt nur restitutio in integrum Platz greifen könne, nicht aber Nichtigkeit,[1]) was aber doch nicht richtig räsonnirt ist.

Da der Vertrag Autonomie im Bereiche des Willkürlichen ist (§. 75), so können die Parteien, wenn die allgemeinen wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages (essentialia) vorhanden sind, im Uebrigen die Leistung von jeder Zufälligkeit und Nebenbestimmung (accidentalia) abhängig machen. Hierauf beruht die Lehre von den Bedingungen (conditio),[2]) Tagbestimmungen (dies) und Zweckbestimmungen (modus).

## §. 77.

### Eintheilung der Verträge. Uebersicht.

Die Verträge lassen sich eintheilen:
1) mit Rücksicht auf ihre Vollendung;
2) nach dem Interesse der Paciscenten (Contrahenten);
3) nach der Vielfachheit der Leistung, und
4) nach dem Zwecke der Leistung.

## §. 78.

### 1) Von der Vollendung der Verträge. Consensual- und Realverträge.

Da der Vertrag seinem Begriffe nach angenommenes Versprechen ist (§. 72), so ist er logisch nothwendig regelmässig mit der Erklärung des mutuus consensus vollendet, sog. negotium perfectum. Nach philosophischem Rechte sind also die Verträge regelmässig Consensualverträge. Eine — jedoch nur scheinbare — Ausnahme gibt es logisch nur da, wo der Begriff eines gewissen Vertrages dadurch bedingt ist, dass der eine Theil bereits etwas geleistet haben muss, bevor der andere sich ihm vernünftiger

---

[1]) „Coactus quidem voluit, sed tamen voluit."

[2]) Eine conditio ist ein factum incertum futurum, de cujus existentia jura et obligationes dependent.

Weise verpflichten kann; d. h. eine scheinbare Ausnahme machen nur die Verträge, wo es sich um ein Wiedergeben, Zurückgeben, handelt. Dies ist nun der Fall bei vier Verträgen, mutuum, commodatum, depositum und pignus; diese sind dieselben vier Verträge, welche das römische Recht besonders auszeichnet und als die vier genannten Realverträge, contractus reales nominati, aufführt. [1])

Es ist daher ebenso irrig, wenn Hegel, §. 79, glaubte, dass die Realverträge nur eine Erfindung des positiven Rechtes wären, sowie es irrig ist, wenn Fichte behauptete, dass alle Verträge ohne Ausnahme nach natürlichem Rechte Realverträge wären.

Die oben erwähnte rechtsphilosophische Theorie lag dem älteren deutschen Rechte zu Grunde; dieses sah also die Vollendung des Vertrages im Gelof. Dieselbe Theorie liegt auch dem canonischen Rechte zu Grunde, welches den Vertragsabschluss im votum findet, und ist auch im Code Napoléon recipirt, Art. 1108 (consentement). [2])

Das römische Recht hatte dagegen die umgekehrte Theorie aufgestellt. Es erkannte nämlich (mit wenigen Ausnahmen der sog. pacta praetoria und pacta legitima) in der Regel die Wirksamkeit, bez. die Klagbarkeit einer einfachen Verabredung (pactum nudum) gar nicht an (§. 72), wenn nicht das pactum in eine gewisse Form, wie stipulatio etc. eingekleidet und somit in einen Formular-Contract umgewandelt worden war. Ausser den Formular-Contracten erkannte das römische Recht lange Zeit nur vier Verträge an, die wegen des consensus allein schon galten und klagbar waren, die vier sog. Consensual-Contracte des römischen Rechtes: emtio-venditio, locatio-conductio, mandatum und societas. Alle anderen Verabredungen aber, abgesehen von den pactis praetoriis et legitimis (den sog. pactis vestitis), d. h. jenen einzelnen Verträgen, die nach und nach

[1]) Eigenthümlich behandelt das römische Recht das dem commodatum verwandte precarium.

[2]) Wenn man sagt, die Perfection des Vertrages beruht auf dem consensus, Gelof, votum oder consentement des Schuldners, so hat dies gleiche Richtigkeit für die sog. Consensual- wie die Realcontracte.

durch den Praetor oder die Kaiser ohne Bezeichnung als contractus, oder in seltenen Fällen mit solcher Bezeichnung (wie der contractus emphyteuticarius) für klagbar erklärt worden waren, konnten nur als Realcontracte gelten, d. h. man hielt sie nur dann für klagbar, wenn ein Theil mit seiner Leistung vorangegangen war; so war z. B. der Tausch, permutatio, nur klagbar, resp. Realcontract, wenn der Eine seine Sache bereits gegeben hatte. Doch wirkte im römischen Rechte die Rücksicht auf die innere Natur der vier Verträge, die schon nach natürlicher Logik Realverträge sind, in der Art, dass nur sie bestimmte classische Namen hatten und daher genannte Realcontracte hiessen, während alle anderen Verträge, bez. pacta, welche nur durch Leistung des Einen in Realcontracte umgewandelt wurden, keine classischen Namen hatten, also ungenannte Realcontracte hiessen, wenn sie auch im gemeinen Leben, wie z. B. der Tausch, permutatio, einen Namen hatten.

Sodann fand im römischen Rechte noch der Unterschied zwischen den vier genannten Realcontracten und den übrigen ungenannten Realcontracten statt, dass man bei den Ersteren nur auf Erfüllung klagen konnte, bez. kann, was logisch aus ihrer Natur folgt, weil es sich dabei nur um ein reddere handelt. Bei den ungenannten Realcontracten lässt aber das römische Recht ein jus poenitendi zu; d. h. es erlaubt demjenigen, der mit seiner Leistung vorangegangen ist, nicht nur auf Erfüllung (die Gegenleistung), sondern auch, wenn ihn diese nicht mehr interessirt, auf Auflösung des Geschäftes, bez. auf Rückgabe des Gegebenen zu klagen, so lange der Andere die Gegenleistung nicht gemacht hat. [3])

Heutzutage will man die Eigenthümlichkeit der römischen ungenannten Realcontracte nicht mehr als selbstverständlich anerkennen, weil man annimmt, bei den Römern habe der Eine mit seiner Leistung vorangehen müssen und sei vorangegangen animo alterum obligandi; nach deutschen und überhaupt modernen Begriffen, da man alle Verträge, ausser jenen, wobei es

---

[3]) Die Römer brachten die ungenannten Realcontracte auf vier Formen: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

sich um ein reddere handelt, als Consensualverträge betrachtet, gebe oder leiste auch schon der Erste nur animo solvendi, d. h. um seine vertragsmässige Verpflichtung zu erfüllen; also falle das jus poenitendi hinweg und könne man nur auf Erfüllung (Gegenleistung) klagen, wie bei den genannten Realcontracten.

## §. 79.

### 2) Eintheilung nach dem Interesse der Paciscenten. Lucrative und onerose Verträge.

Nach dem Interesse der Paciscenten theilen sich die Verträge in lucrative (wohlthätige) [1]) und in onerose (lästige)[2]) Verträge.

Ersteres ist der Fall, wenn sich nur der Eine in der Absicht verpflichtet, dem Andern einen Vortheil zuzuwenden, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein (nullo jure cogente, oder animo donandi) und ohne dafür eine Gegenleistung zu bedingen; so z. B. bei dem Schenkungsvertrag, der Bürgschaft, dem mandatum (Auftragsvertrag).

Oneros heisst der Vertrag, wenn die Leistung des Einen als Gegenleistung für die Leistung des Andern erscheint; z. B. bei dem Kauf, dem Tausch, der Miethe u. s. w. Ueberhaupt gehören hierher nach der Logik alle Verträge, welche das römische Recht zu den ungenannten Realcontracten rechnet.

Die onerosen Verträge heissen insbesondere dann, wenn sich der Eine wegen einer dem Andern versprochenen, in Sachen gegen Sachen bestehenden Leistung verpflichtet, bez. wenn es sich auf beiden Seiten um ein dare handelt, (do ut des) commutative Verträge, d. h. Tauschverträge im weiteren Sinne. [3])

Hegel, §. 96, nennt die lucrativen Verträge „formelle oder ideelle Verträge", die onerosen Verträge aber „reelle Verträge," was keinen Sinn hat. Das römische Recht erkannte vor Justinian [4]) die Schenkung (donatio) gar nicht als Vertrag an, sondern nur

---

[1]) Code Napoléon, Art. 1105: „contrat de bienfaisance."

[2]) Code Napoléon, Art. 1106: „contrat à titre onéreux."

[3]) Code Napoléon, Art. 1104.

[4]) L. 35. Cod. de donationibus.

als Traditionsgeschäft;[5]) also hatte vorher der Schenkungsvertrag nur Geltung, wenn er in die Stipulationsform eingekleidet war.

Bei den commutativen Verträgen, d. h. da, wo Sache gegen Sache gegeben werden soll, wie z. B. bei dem Kauf, Tausch, erwirbt jeder Contrahent nach dem Grundbegriffe dieser Verträge ein Recht auf einen entsprechenden Werth. Unrichtig ist es aber und reiner Mysticismus, wenn Hegel, §. 77, sagt, dass bei diesen Geschäften jeder Contrahent das Eigenthum an sich als Idee behalte, während die Sachen wechseln. Hegel will hieraus eine Theorie der laesio enormis als Nullitätsgrund von Geschäften ableiten und naturrechtlich construiren. Allein dies ist an sich unrichtig; einmal, weil bei solchen Geschäften überhaupt nur von einer persönlichen Forderung des Einen an den Andern auf einen entsprechenden Werth die Rede sein kann und nicht von einem Zurückbleiben der Eigenthums-Idee, sodann, weil überhaupt das abstracte Recht nichts von einem Marktpreis wissen kann. Vielmehr ist die Lehre von der laesio enormis nur eine Erfindung des positiven Rechtes, und dieses muss ausdrücklich bestimmen, was es als eine solche betrachtet wissen will.[6]) In der neueren Zeit sucht man überhaupt diese ganze Lehre zu entfernen.

## §. 80.

### 3) Eintheilung der Verträge nach der Vielfachheit der Leistung. Einseitige und zweiseitige Verträge.

Man theilt die Verträge ein in einseitige und zweiseitige Verträge, je nachdem nur der eine Contrahent dadurch zu einer Leistung verpflichtet wird, oder je nachdem beide Contrahenten sich gegenseitig zu Leistungen verpflichten (contractus unilaterales und contractus bilaterales, oder synallagmatische Verträge). Im Allgemeinen ist soviel klar, dass kein lucrativer Vertrag

---

[5]) Das französische don manuel.

[6]) Römisch: laesio ultra dimidium; — Code Napoléon, Art. 1674: Verletzung um $^7/_{12}$ oder mehr; berücksichtigt dieselbe überhaupt nur bei Immobilien.

(§. 79) und kein nur ein blosses reddere bezweckender Vertrag, wie die im römischen Rechte als contractus reales nominati aufgeführten Verträge, ein zweiseitiger Vertrag sein kann. Die Ersteren können es nicht sein, weil die Schenkung ihrem Begriffe nach die Gegenleistung ausschliesst; die Letzteren können es ebensowenig sein, weil das factum des Einen, welches sie begründet, nämlich das Hingeben des mutuum, des commodatum, des depositum und des pignus (die Pfandübergabe) schon geschehen sein muss, damit der Andere zum reddere verpflichtet sein kann.

Das System der Bilateralverträge muss sich aber verschieden gestalten, je nachdem die positive Gesetzgebung, wie z. B. die römische, die Zahl der Realverträge vermehrt oder nicht. Das römische Recht kannte daher nur drei Bilateralverträge, nämlich jene drei von seinen vier Consensualverträgen, welche onerose sind (emtio-venditio, locatio-conductio und societas). Nach der natürlichen Logik ist aber umgekehrt die Zahl der Bilateralverträge unbeschränkt, weil das natürliche Recht nur die vier genannten römischen Realcontracte für Realcontracte anerkennen kann (§. 78). Nach natürlichem Rechte kommt es also nur darauf an, ob gegen eine zu machende Leistung eine Gegenleistung versprochen ist. Dieses System lag schon dem älteren deutschen Rechte zu Grunde und hat es auch der Code Napoléon, Art. 1582, 1702, 1832 u. folg., aufgenommen. Es rechnet daher der Code Napoléon den Tauschvertrag, ebenso wie den Kaufvertrag, zu den Bilateralverträgen, während das römische Recht den Tausch unter die ungenannten Realcontracte rechnet (do ut des), also ihn als einseitigen Vertrag auffasst, wobei nur noch Einer zu leisten hat, weil der Andere bereits geleistet und dadurch den Ersteren verpflichtet hat. Dieses System des Code Napoléon hat die Natur der Sache und die Logik für sich; denn philosophisch betrachtet ist ein Kaufgeschäft selbst nichts Anderes, als eine Unterart des Tauschgeschäftes. An und für sich ist es logisch doch ganz gleichgültig (irrelevant), ob res pro re, oder res pro pretio, d. h. Geld, gegeben wird; denn an sich betrachtet ist das pretium (Geld) doch auch nichts Anderes,

als eine Sache oder Waare, und zwar eine solche, welche als allgemeines Tauschmittel im Verkehr anerkannt wird.

## §. 81.

### 4) Eintheilung der Verträge nach dem Zwecke der Leistung. Recht erwerbende und Recht sichernde Verträge.

Nach dem Zwecke der Leistung theilt man die Verträge in Rechtserwerbungs-Verträge und in Rechtssicherungs-Verträge (Cautions-Verträge), je nachdem man durch einen Vertrag ein selbstständiges Recht auf eine Leistung erwirbt oder nur die Wirksamkeit eines schon bestehenden Rechtes dadurch gesichert werden soll. Zu den Letzteren gehören der Pfandvertrag, der promissorische Eid, Versprechen auf Ehrenwort, Versprechen einer Conventionalstrafe oder eines Reugeldes, die Bürgschaft und andere Intercessionen.

Hiermit hängt auch der Begriff von Haupt- und Nebenverträgen zusammen; denn da das Vertragsrecht sich nur mit Willkürlichem befasst, so können auch einem Hauptgeschäfte alle möglichen Nebenberedungen beigefügt werden, z. B. Stundungsverträge, Nachlassverträge, Zinsversprechen u. dergl.

Eine Aufzählung aller möglichen Haupt- und Nebenverträge ist gar nicht möglich, weil da alles Willkürliches ist, jeden Augenblick neue Vertragsarten erfunden werden können und im Verkehr entstehen, wovon die Vorzeit nichts wusste; wie z. B. der Verlags-Vertrag, die Assecuranz-Verträge, Bodmerei-Verträge, Wechsel-Verträge.

## §. 82.

### Aufzählung und Charakteristik der wichtigsten Verträge.

Zu einer übersichtlichen Aufzählung eignet sich am besten die Eintheilung der Verträge in lucrative (Schenkungsverträge) und onerose Verträge.

### I. Lucrative Verträge.

1) Die eigentliche Schenkung;

2) der Leihvertrag, commodatum, prêt à usage,[1]) als Schenkung, unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauches einer nicht fungiblen Sache als persönliches Recht, und das verwandte römische precarium;

3) der Darlehensvertrag, mutuum, französisch prêt oder prêt à consommation, d. h. das Leihen (tradere) von fungiblen Sachen, wie z. B. Gelder u. s. w., so dass das Gegebene in das Eigenthum des Empfängers übergeht und er nur verpflichtet ist, das Empfangene in eadem qualitate et quantitate zu restituiren;[2])

4) der Auftragsvertrag, mandatum, und

5) der Hinterlegungsvertrag, depositum.

Die beiden letzteren Verträge enthalten eine Schenkung von Dienstleistungen. Die Leistung gilt hier, weil sie persönliche Thätigkeit aus Gefälligkeit ist, für unschätzbar, incommensurabilis; daher ist dafür kein Lohn (pretium) statthaft und würde das Bedingen eines Lohnes das Geschäft in einen Dienstmiethe-Vertrag umwandeln. Man lässt aber in der Praxis eine freiwillige Erkenntlichkeit zu, honorarium, Ehrengabe. Schon im römischen Rechte wurde dies allmählich ausgedehnt und bei gewissen Geschäften eine Honorarforderung anerkannt, namentlich für Mäkler (proxenetae), agri mensores, überhaupt bei Ausübung von artes liberales, auch bei Professoren, besonders der Jurisprudenz.[3])

### II. Onerose Verträge.

1) Der Tausch, permutatio, wo res pro re gegeben wird;

2) der Kauf, emtio-venditio, wenn pretium pro re versprochen wird;

---

[1]) Code Napoléon, art. 1874.

[2]) An sich ist ein jedes Darlehen unverzinslich; Zinsen können dabei nur aus einem besondern Nebenvertrage, durch besondere Stipulation (Zinsversprechen) entstehen.

[3]) L. 1. §. 7. Dig. de extraordinariis cognitionibus (50, 13); und L. 6. Cod. de professoribus (10, 52).

3) die Miethe von Sachen oder Diensten, locatio-conductio rerum vel personarum, bei Landgütern Pachtung genannt; gleichsam als Kauf des Gebrauches als persönliches Recht; mit der römischen Unterart locatio operis;

4) alle Arten von Gesellschaftsverträgen, societates;

5) alle übrigen Verträge, welche das römische Recht als ungenannte Realcontracte aufführt.

## §. 83.

## Erlöschung der Verträge.

Die Gründe, aus welchen die Wirkung der Verträge erlischt, sind nach natürlichem Rechte:

1) die Leistung, solutio, Erfüllung; wodurch der Vertrag, der bisher negotium perfectum war, ein negotium consummatum wird, d. h. aus der Reihe der Rechtsgeschäfte verschwindet;

2) Untergang des Objectes und überhaupt Unmöglichkeit der Leistung; wobei das positive Recht verschieden bestimmen kann, welcher von beiden Contrahenten die Gefahr (periculum), bez. den Schaden zu tragen hat;[1])

3) der Eintritt einer Resolutivbedingung oder Zeitbestimmung, oder ein neuer entgegengesetzter Vertrag (mutuus dissensus), pacta remissoria, Nachlassverträge, römische acceptilatio, stipulatio Aquiliana, oder irgend eine andere novatio privativa;

4) der Tod eines der Paciscenten, und zwar, nach abstractem Rechte, unbedingt. Nach der Anerkennung eines Erbrechtes in Folge der entwickelten Familienverbindung lassen alle Völker in der Regel die Obligationen aus Verträgen activ und passiv auf die Erben übergehen, mit Ausnahme der Obligationen, die auf ein facere gehen. Daher vererbt z. B. nach dem altdeutschen Rechte die Bürgschaft nicht auf die Erben des Bürgen, weil nach altdeutscher Ansicht der Bürge nicht direct zu einem Zahlen für den Hauptschuldner, sondern nur zu einem Leisten (einem

---

[1]) So z. B. nach römischem und französischem Rechte bei dem Kaufe der Käufer (§. 63).

gewissen knechtischen servire) oder zum Einlager (obstagium) verpflichtet war; im römischen Rechte und in den modernen Rechten vererbt die Bürgschaft. Im altdeutschen Rechte gingen aber die Obligationen überhaupt meistens nur auf die Erben der Mobilien über, regelmässig aber nicht auf die Erben der Immobilien. Dies Letztere gilt noch, wo die Immobilien Stammgutseigenschaft haben; daher auch bezüglich der Lehenfolger und Familienfideicommissfolger.

5) Die Aufkündigung, da der Wille des Verpflichteten nicht veräussert [2]) und die Autonomie der eigentliche Grund des Vertrages ist, wenn nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, bez. für deren Dauer auf das Aufkündigungsrecht verzichtet wurde. So z. B. gilt bei einer Hausmiethe ohne Zeitbestimmung das Recht der Aufkündigung selbstverständlich als vorbehalten. Das positive Recht pflegt das Aufkündigungsrecht verschiedenartig zu beschränken.

6) Endlich verliert nach natürlichem Rechte ein jeder Vertrag seine Verbindlichkeit für den einen Contrahenten dadurch, dass der andere Contrahent seine Verbindlichkeit zu erfüllen weigert, sog. Treulosigkeit, Vertragsbruch von Seite des andern Contrahenten. Unbedingt spricht dies auch der Code Napoléon, Art. 1184, aus, will aber doch Einholung eines richterlichen Ausspruches der Vertragsauflösung. Das römische Recht erkennt diese Regel bei seinen ungenannten Realcontracten unter der Bezeichnung als jus poenitendi an (§. 78). Bei seinen Bilateralcontracten gestattet das römische Recht aber nur eine exceptio non sive non rite adimpleti contractus, d. h. es erlaubt nur die Gegenleistung so lange auszusetzen, bis der andere Theil mit seiner Leistung vorangegangen ist. Es muss also bei diesen Verträgen Jener mit seiner Leistung vorangehen, dem daran liegt, dass der Vertrag vollzogen werde. Will keiner beginnen, so bleibt der Vertrag unvollzogen. Nur bei der Miethe [3]) muss der Ver-

---

[2]) Analog wie man den Frieden aufzukündigen im Völkerrecht sich für befugt hält.

[3]) Sowohl bei Miethe von Sachen wie von Diensten.

miether stets mit seiner Leistung vorangehen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich stipulirt ist.

## II. Unterabtheilung.

## Das Unrecht.

### §. 84.

### Das Wesen des Unrechtes überhaupt.[1]

Das Recht als Vernünftigkeit oder Freiheit ist an sich eine Idee, ein Gedankending, und somit etwas Allgemeines (allgemein Gültiges), sog. allgemeiner vernünftiger Wille, d. h. etwas, wovon Jeder vernünftiger Weise wünschen muss, dass es gelte.[2] Seine wirkliche Geltung beruht aber auf der Uebereinstimmung des besondern Willens und der Handlungsweise des Individuums mit dem allgemeinen vernünftigen Willen, d. h. mit der Vernunft.

Das Unrecht oder die Rechtswidrigkeit, injuria, entsteht daher dadurch, dass sich der besondere Wille eines Individuums (ein individueller Wille) mit dem allgemeinen vernünftigen Willen, d. h. mit der Rechtsidee, thatsächlich in Widerspruch setzt; folglich ist das Unrecht seinem Wesen nach selbst nichts Anderes als dieser thatsächliche Widerspruch, das thatsächlich gewordene Unvernünftige im Socialverhältniss.

Das Unrecht sitzt daher immer im Willen; es hat in diesem seinen Grund oder Ausgangspunkt; in seiner Erscheinung ist es immer eine That, wodurch ein besonderer Wille sich als etwas Geltendes setzt, im Gegensatze des Rechtes, welches immer in der Idee besteht, d. h. vernünftiger Gedanke, Vernünftiges, Gültiges (gelten Sollendes) ist.

---

[1]) K. Binding, Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. I. Abth. I. Leipzig 1872. — L. Laistner, Das Recht in der Strafe. Beitrag zur Geschichte der Philosophie und Versuch einer Dialektik des Strafrechtsproblems. München 1872. — L. Freund, Lug und Trug vom Standpunkte des Strafrechtes und der Geschichte. Berlin 1863.

[2]) Oben §. 7; §. 15.

Die That selbst ist immer Manifestation, Medium der Erkenntniss eines schlechten Willens, aber in zweifacher Weise:

1) nur Manifestation desselben allein;[3]) oder

2) überdies Verletzung, Laesion.

Da das Unrecht sich an die Stelle des Rechtes stellt, statt desselben in Geltung tritt, nennt es Hegel, §. 82, „Schein des Rechtes," d. i. scheinbares Recht. Als blos scheinbares Recht, d. h. als Gegensatz, Negation, des wirklichen, wahren Rechtes, des Wesentlichen, Idealen oder Vernünftigen, ist aber das Unrecht an sich, seinem Begriffe nach, ungültig und nichtig. Daher wird auch das Recht — als das Ideale, Vernünftige, an sich Gültige — erst dadurch praktisch historisch Geltendes, dass es sich als Negation seiner Negation thatsächlich behauptet (=Thatsache wird).[4])

Hierin liegt die weltgeschichtliche Bedeutung des Unrechtes, dass durch dessen Verübung das wahre Recht zum Bewusstsein erweckt wird.[5])

Alle Rechtsgeltendmachung oder Rechtsverfolgung ist daher praktisch bedingt durch das Vorhandensein eines Unrechtes.[6]) Alle Rechtsgeltendmachung hat also die Aufhebung der Geltung des Unrechtes, d. h. der Geltung des thatsächlich gewordenen besonderen rechtswidrigen Willens und somit die Geltendmachung des allgemeinen vernünftigen Willens in der Erscheinung zum Gegenstande.

## §. 85.

### Das Unrecht als Rechtsverletzung (Laesion) überhaupt.

Die allgemeine Wirkung des Unrechtes ist eine historisch hervortretende Rechtswidrigkeit, sog. Laesion, vulgo Rechtsver-

---

[3]) So bei dem Versuch; — Carolina, Art. 178: „scheinliche Werk, die zur Verübung der Missethat dienstlich sind."

[4]) Hegel, §. 82: „zu sich zurückkehrt."

[5]) Das Recht kommt regelmässig erst durch die Erscheinung des Unrechtes zum Bewusstsein, als intellectuelle, moralische Reaction.

[6]) In seiner Geltendmachung erscheint somit das Recht als ver-

letzung. Letzterer Ausdruck enthält eigentlich eine Metapher, denn in Wahrheit kann nur entweder eine Person in ihrer Individualität oder in ihren Sachen verletzt werden, niemals aber das Recht selbst, als etwas Ideales, Unkörperliches; denn wenn das Recht selbst verletzt oder vernichtet werden könnte, so wäre es eben darum nicht mehr möglicher Gegenstand einer ferneren Geltendmachung.[1]) Noch schlechter ist der Ausdruck Gesetzverletzung, statt Gesetzübertretung. Besser ist die einfache Bezeichnung der Rechtswidrigkeit als Laesion, weil hierbei die Beziehung auf eine Person oder auf eine Sache unterstellt bleibt.

Die Rechtswidrigkeit oder Laesion kann der Natur der Sache nach nur eine zweifache sein: 1) materielle und 2) formelle Laesion.

## §. 86.

### Begriff der materiellen Läsion.

Die Laesion ist materiell (gegenständlich, damnum injuria datum), wenn und soweit dadurch eine Person in ihrem Vermögen, in ihrer materiellen Rechtssphäre, d. h. in den ihr gehörigen Sachen oder ihr gebührenden Leistungen, bez. in deren Werth (im Taxirbaren) beeinträchtigt wird; z. B. durch Abläugnung, Vorenthaltung, unbefugte Bestreitung, Vernichtung, Verschlechterung, Wegnahme u. s. w. Daher kann man auch sagen: die materielle Laesion ist die Beeinträchtigung einer Person in ihren besonderen Interessen, d. h. im Sachen- und Forderungsrechte.

## §. 87.

### Begriff der formellen Laesion.

Das Unrecht ist formelle Laesion, wenn und soweit es als Negation des Rechtes in einer Person, im Subject selbst, d. h.

nünftig motivirter Zwang gegen das Unrecht als unmotivirten Zwang. Aller rechtliche Zwang ist also der Zeit nach der zweite und setzt das Unrecht als ersten unmotivirten Zwang voraus.

[1]) Auch kann eine Handlung eine schwere strafbare Rechtswidrigkeit sein, ohne darum eine Verletzung zu enthalten, z. B. ein misslungener Mordversuch.

als Eingriff in die formelle Rechtssphäre oder in die Persönlichkeit selbst und deren Ausflüsse (Zuwiderhandeln gegen das Urrecht der Persönlichkeit) erscheint [1]. Man kann daher auch sagen: die formelle Laesion ist Verletzung einer Person in ihren allgemeinen vernünftigen Interessen. Hegel, §. 95, erklärt daher die formelle Laesion für ein negativ-unendliches Urtheil, welches die Rechtsfähigkeit an sich aufhebt (besser: negirt).

Dabei ist aber möglich, dass zugleich die Person auch in ihrem Vermögen oder in ihren Sachen verletzt wird, d. h. es kann durch dieselbe Handlung eine formelle und eine materielle Laesion begangen werden, also die Handlung einen doppelten Gesichtspunkt darbieten, wie bei dem Diebstahle, dem Raube u. dergl. Das positive Gesetz bestimmt häufig, ob die Handlung auch von beiden Gesichtspunkten oder nur von einem derselben aus beurtheilt werden soll; so z. B. behandelt das classische römische Recht den Diebstahl und Raub regelmässig nur vom Standpunkte der materiellen Laesion aus.

## §. 88.

## Von den Arten der Begehung des Unrechtes. Negative und positive Laesion.

Unrecht kann in zweifacher Weise begangen werden:

1) in negativer Weise, d. h. durch einfache unbefugte Weigerung, Unterlassung einer Handlung, Vorenthaltung einer Sache, sog. Ommissivhandlung; oder

2) durch eine positive Handlung, d. h. durch eine Handlung, welche ihrem Wesen nach als ein formell fehlerhafter Act, als ein ungerechtfertigter Angriff auf eine Person oder deren Sachen, also fehlerhaft der Art der Vornahme nach, erscheint, sog. Commissivhandlung, Begehungshandlung.

Diese fehlerhaften Formen sind nach römischer Auffassung heimliches und gewaltsames Handeln und Missbrauch eines Vertrauens; daher die römischen tria vitia possessionis: clam, vi,

[1]) Oben §. 32—40.

precario.[1] Im Allgemeinen richtiger, d. h. erschöpfender, kann man sagen: die Formen der positiven Begehung des Unrechtes sind unbefugtes Handeln, gleichviel mit oder ohne Gewalt.[2] Hieraus erklärt sich, wie auch Verbalinjurien, Verläumdungen u. dergl. als unrechtliche, rechtswidrige Handlungen erscheinen, obschon dabei weder von gewaltsamer Verübung überhaupt die Rede sein kann, noch auch die Heimlichkeit der Schmähung oder Aeusserung, oder der Missbrauch eines Vertrauens zu ihrem Begriffe gehört.

## §. 89.

### Einfache Laesion oder Rechtswidrigkeit und Missethat, maleficium, delictum.

Es erhellt aus der Natur der negativen Laesion von selbst, dass sie nach abstractem Rechte das formelle Recht einer Person nicht beeinträchtigen kann, eben weil sie kein Angriff auf die Persönlichkeit ist. Eine Unterlassung, Weigerung u. dergl. ist daher von Haus aus möglicher Weise nur eine materielle Laesion, soferne sie überhaupt eine Laesion ist, und dies ist sie nur, wenn ein specieller Verpflichtungsgrund, titulus, zu einer Leistung vorliegt. Eine Unterlassung u. dergl. kann daher nur relativ eine Laesion sein, weil nach Umständen das Unterlassen, Weigern, Nichtthun u. dergl. auch Recht sein könnte. Daher erscheint die negative Laesion nach abstractem Rechte immer nur als einfache Laesion und gehört dem Privatrechte an. Erst durch das positive Recht können einzelne Unterlassungen für strafbare Handlungen, Verbrechen u. dergl. erklärt werden.

Insoweit die positive Laesion einen Andern und nur allein in seinen Sachen verletzt, z. B. durch Benützung, Beschädigung, Zerstörung, Consumtion u. dergl., gilt von ihr nach abstractem Rechte dasselbe wie von der negativen Laesion; auch sie ist nur

---

[1]) Siehe oben §. 51. — Vergl. L. 21. Dig. quod metus causa (4, 2)

[2]) Z. B. offenes Fortnehmen einer Sache ohne Gewalt ist auch Diebstahl, ebenso das Behalten einer gefundenen Sache, sog. Funddiebstahl.

relatives Unrecht, d. h. eine Handlung, welche unter Umständen auch Recht sein könnte und gehört daher ebenfalls dem Privatrechte an, wie dies auch das römische Recht und jedes moderne Recht bei dem damnum injuria datum, bei einfachen Sachbeschädigungen anerkennt.

Sofern aber die positive Laesion die Persönlichkeit angreift, also formell fehlerhafter Art (§. 88) und also absolutes Unrecht ist (§. 87), heisst sie — als Widerspruch gegen das formelle Recht — Missethat, Unthat, Uebelthat, maleficium, delictum, altdeutsch „Nithingswerk", d. h. eine ihrer äussern Erscheinung nach schlechte That.

Hiermit beantwortet sich auch die Frage, ob und in welchem Sinne schon nach abstractem Rechte von Verbrechen die Rede sein könne, oder ob dieser Begriff stets ein positives Recht voraussetzt. Es ist nämlich, wie gezeigt wurde, allerdings schon im abstracten Rechte eine Abstufung der unrechten Handlungen, eine Unterscheidung von einfacher Laesion und einfachem Unrecht und von Missethaten begründet; die Bezeichnung der letzteren aber als Verbrechen, crimina, ist allerdings als eine solche zu betrachten, welche gewisse politische Zustände und positive Gesetze voraussetzt, bez. einen Staatsfrieden, welcher durch maleficium gebrochen wird, oder die Einrichtung öffentlicher Anklagen, womit die Bezeichnung crimen im Zusammenhange steht.

## §. 90.

### Von den Arten des Unrechtes nach den verschiedenen Arten der Willensbestimmung.

Das Unrecht, als eine ihrer Erscheinung nach (objectiv) mit dem Rechte in Widerspruch stehende That aufgefasst, ist nach der möglichen Beschaffenheit des dieser That zu Grunde liegenden Willens dreifach:

1) unbefangenes oder unbewusstes Unrecht;
2) unbedachtes, unüberlegtes, unabsichtliches Unrecht;
3) bewusstes Unrecht.

Unbefangenes, unbewusstes Unrecht ist vorhanden, wenn

eine Person ohne Bewusstsein (Kenntniss) des Widerspruches ihres Willens und Handelns mit dem Rechte, also in bona fide, in unverschuldetem Irrthum handelt, d. h. unter Umständen, wo den Handelnden kein Vorwurf trifft, dass er sich des Widerspruches seines Willens mit dem Rechte nicht bewusst ist; z. B. wenn ein bonae fidei possessor eine Sache vernichtet,[1] fructus consumirt, zur Zeit, wo er noch nicht interpellirt ist. Hegel, §. 83, nennt diese Art von Unrecht: „Schein an sich."

Unbedachtes, unüberlegtes oder unabsichtliches Unrecht ist vorhanden, wenn in einem nicht entschuldbaren Irrthum, bez. in dem irrigen Glauben an die Uebereinstimmung des Willens mit dem Rechte, oder in dem Glauben an die Unschädlichkeit einer That gehandelt worden ist, aber unter Umständen, wo man bei gehöriger Ueberlegung das Gegentheil hätte wissen können und sollen; z. B. A läugnet eine Forderung des B ab, weil er sie für unbegründet hält, aber bei gehöriger Rechtskenntniss oder genauer Erkundigung das Gegentheil hätte wissen müssen; oder A erschiesst aus Unvorsichtigkeit einen Menschen.

Bewusstes Unrecht ist vorhanden, wenn sich der besondere Wille mit dem Bewusstsein seiner Rechtswidrigkeit, also mala fide, geltend macht; also bei dolus, vis vel metus.[2])

Die vorstehende zweite Art von Unrecht hat Hegel gar nicht bemerkt; die dritte Art nennt er, §. 83: „durch das Subject gesetzter Schein."[3])

## §. 91.

### Von den Bedingungen, unter welchen aus einer Laesion Forderungsrechte entstehen können. Imputation, Verschulden, reatus.

Forderungsrecht, d. h. persönliche Rechtsansprüche können aus einer Laesion für den Verletzten gegen den Urheber derselben

---

1) Eine Ausnahme macht das römische Recht, wenn der Erbe eine legirte Sache, unwissend, dass sie legirt ist, vernichtet.

2) L. 1 Dig. ad legem Juliam peculatus (48, 15): „Sciens dolo malo."

3) Hegel scheint hier wie das ältere römische Recht casus und culpa, unbewusstes und unbedachtes Unrecht confundirt, bez. nicht unterschieden zu haben.

nach der Natur der Sache nur unter der Voraussetzung begründet werden (erwachsen), dass ihm der Widerspruch seines besondern Willens gegen den allgemeinen, d. h. gegen das Recht, zum Vorwurfe gereicht und ein Causalnexus (Verhältniss von Ursache und Wirkung) zwischen dem schuldvollen Willen und der rechtswidrigen That besteht.[1])

Die Erklärung, dass eine Laesion dem Handelnden zum Vorwurfe gereicht, so dass sie eine rechtliche Verbindlichkeit, sei es im Civil- oder Criminalrecht, begründen kann, heisst die juristische Zurechnung, Belastung, Imputation. Der Inhalt der Imputation ist also ein logischer Ausspruch, Urtheil, über das Vorhandensein einer rechtswidrigen Willensbestimmung als causa einer laesio. Die schlechte Willensbestimmung, als solche causa aufgefasst, heisst sodann im Verhältnisse zu der in ihrem Gefolge eingetretenen laesio: Verschulden, reatus, culpa im weiteren Sinne.[2])

## §. 92.

### Von den Arten des Verschuldens oder des Reatus. Culpa. Dolus. Praemeditatio. Impetus.

Die Willensbestimmung, welche einer Person zum Vorwurfe gereicht und hinsichtlich deren ein reatus, Verschulden, culpa im weiteren Sinne und bez. eine Imputation stattfindet, kann nur zweierlei Art sein:

1) eine auf Leichtfertigkeit, Nachlässigkeit, Unüberlegtheit, levitas animi, Uebermuth, superbia, Ueppigkeit (in der Carolina „Geilheit“ genannt) beruhende Unterlassung der Vorsicht, Besonnenheit oder Aufmerksamkeit, welche von einem ordentlichen Manne (bonus pater familias) zu erwarten ist und wodurch dem Handelnden unabsichtlich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner That oder ihrer möglichen schlimmen Folgen entgeht.

---

[1]) Nur der Wille kann ein fundamentum obligationum ex delicto enthalten, sofern er ein schuldvoller ist; denn ausserdem ist er selbst Recht. S. o. §. 67, 84.

[2]) L. von Bar, Die Lehre vom Causal-Zusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.

Dies heisst culpa im engeren Sinne (culpa im Gegensatze von dolus) oder negligentia, Versehen. Es ist dies dieselbe Willensrichtung, in deren Folge das Unrecht als unbedachtes erscheint (§. 90, Ziff. 2). Der Natur der Sache nach hat diese culpa unendliche Abstufungen.[1] Sie ist desto grösser, mit je mehr Wahrscheinlichkeit ein schlimmer Erfolg vorausgesehen werden konnte und desto geringer, je weniger dies der Fall war. Wichtig kann diese Abstufung der culpa werden im Strafrecht, bei Ausmessung der Strafe; im Civilrecht hat nur das römische Recht Abstufungen der culpa mit verschiedenen Rechtswirkungen aufgestellt.[2] Der Code Napoléon hat keine solche Unterscheidung, sondern überlässt die Beurtheilung im einzelnen Falle ganz zweckmässig dem arbitrium judicis.

2) Die Willensbestimmung kann vorgenommen sein mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der That, verbunden mit der Absicht, dieselbe zu vollführen. Dies heisst dolus malus,[3] böser Vorsatz, Absichtlichkeit, propositum delinquendi, altdeutsch: Handeln mit Gefährde. Es ist dies die Willensrichtung, in Folge deren das Unrecht als bewusstes Unrecht bezeichnet wird (§. 90, Ziff. 3). Dieser Vorsatz (dolus, propositum etc.) kann aber selbst wieder zweierlei sein, je nachdem die Absicht mit ruhiger Ueberlegung, mit kaltem Blute,[4] oder in einer plötzlichen Gemüthsbewegung, Aufwallung, impetus, altdeutsch: mit heisser Hand,[5] gefasst und ausgeführt wird. Im ersten Falle heisst die Absicht oder der Vorsatz: Vorbedacht, praemeditatio, dolus praemeditatus; im zweiten Falle spricht man von Entschluss und Handeln im Affect oder impetus, oder ohne Vorbedacht. Das neue deutsche Reichsstrafgesetzbuch, Art. 211, 212, gebraucht den Ausdruck: Handeln, vorsätzlich mit Ueberlegung, und vorsätzlich ohne Ueber-

---

1) Die alten Criminalisten sprechen von culpa lata, latissima, levis, und levissima.

2) Culpa lata, levis, levissima; omissio diligentiae boni patris familias; omissio diligentiae, quam quis suis rebus adhibere solet.

3) Vergl. die §. 90, Note 2 citirte L. 1 ad Leg. Jul. peculatus: „Sciens dolo malo."

4) Normal-Puls: 60 Schläge in der Minute.

5) Noch jetzt: „Handeln in der Hitze."

legung. — In L. 11, Dig. de poenis, wird gesagt: „Delinquitur aut impetu, aut proposito, aut casu,“ wobei zu bemerken ist, dass unter dem casus die culpa zu verstehen ist, weil das römische Criminalrecht die culpa nur als casus behandelte.

## §. 93.

## Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit.

Damit eine Imputation (§. 91) stattfinden kann, ist erforderlich:

1) dass sich der Handelnde überhaupt in einem normalen körperlichen und geistigen Zustande, im vollen Gebrauche seiner Willensfreiheit befunden hat, bez. mit Freiheit handeln konnte. Dieser Zustand heisst die Zurechnungsfähigkeit, Imputabilität in subjectiver Beziehung.

2) Es muss die rechtswidrige That die Folge, Wirkung, effectus, einer freien Willensbestimmung als ihrer causa sein, welche den Charakter eines Verschuldens, reatus, d. h. dolus oder culpa an sich trägt. Dies heisst Zurechenbarkeit, Imputabilität im objectiven Sinne, bez. der Handlung.

## §. 94.

## Ausschluss der Zurechnung.

Aus dem Begriffe der Zurechnung oder Imputation als Urtheil über das Dasein eines reatus (Verschuldens) ergibt sich als logische Folgerung, dass, wo ihre Voraussetzungen, Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit, oder auch nur eine von beiden, fehlen, sie selbst, d. h. die Erklärung, das Urtheil, dass ein Verschulden, reatus, vorliege, ausgeschlossen ist, und dass da, wo ihre Voraussetzungen, Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit, nicht vollständig vorhanden sind, auch nur eine Zurechnung zu geringerem Verschulden stattfinden kann, was man insgemein, aber sprachunrichtig, verminderte Zurechnung nennt.[1]) Eine Laesion, hinsichtlich deren kein reatus und dem-

[1]) Man übersieht dabei, dass die Zurechnung ein Urtheil über das Dasein oder Nicht-Dasein oder unvollständige Dasein eines reatus ist;

gemäss keine Zurechnung stattfindet, begründet daher auch keine Rechtsfolgen, weder im Civilrecht, noch im Strafrecht. Consequent muss man bei verminderter Zurechnungsfähigkeit oder Zurechenbarkeit auch verminderte Rechtsfolgen annehmen.[2]) Dies geschieht auch allenthalben im Criminalrecht und darauf beruht z. B. schon die mildere Behandlung der Handlung im Affect und bei culpa.

Man unterscheidet dabei Strafminderungs-Gründe und Strafmilderungs-Gründe. Die ersteren beziehen sich auf die Zurechenbarkeit, die Imputabilität im objectivem Sinne, den geringeren Causalnexus; die letzteren auf die Zurechnungsfähigkeit, die Imputabilität im subjectiven Sinne. Insbesondere spricht man von Strafmilderungs-Gründen bei Strafgesetzen, die ein Minimum von Strafe aussprechen, als Gründen, aus welchen der Richter doch auch noch unter dieses Minimum herabgehen darf; ein solcher allgemeiner Strafmilderungs-Grund ist die minor aetas; ein besonderer, z. B. bei Diebstahl, der freiwillige Ersatz. Strafminderungs-Gründe nennt man aber insbesondere die Gründe, welche bei unbestimmten Strafgesetzen, oder bei solchen, welche dem richterlichen Ermessen einen Spielraum zwischen einem Maximum und Minimum von Strafe gestatten, den Richter bestimmen können, eine geringere Strafe als das Maximum auszusprechen, z. B. geringere culpa im Gegensatz von dolus; unvollständiger Erfolg. Den Gegensatz bilden die Straferhöhungs-Gründe, besonders hoher dolus, malitia, und die Strafverschärfungs-Gründe, wo der Richter über das Maximum einer Strafandrohung hinausgehen darf, wie z. B. mitunter bei Concurrenz von Verbrechen. Im Civilrecht ist dies aber nicht wohl durchführbar und auch nicht nöthig, weil der materielle Schaden, auf den es hier allein ankommt, immer derselbe bleibt, ob er durch dolus

---

daher kann sich nie die Zurechnung, sondern nur ihr möglicher Inhalt, der reatus, mindern oder ganz negirt werden.

[2]) Es ist ein häufig vorkommender Irrthum, als wenn bei verminderter Zurechnungsfähigkeit gar keine Imputation stattfinden dürfe; dafür lässt sich nur etwas sagen, wenn überhaupt Geisteskrankheit in Frage steht, weil man bei dieser nie sicher ist, wie tief sie einwirkt; anders ist es bei minor aetas, Trunkenheit. — Vergl. §. 95, Note 4.

oder durch culpa verursacht ist. Daher stellt das römische Recht die civilistische Regel für den Schadenersatz auf: „culpa dolo aequiparatur.“ Ein positives Gesetz kann freilich auch hier Unterscheidungen machen und Fälle bezeichnen, in welchen ein höherer (sc. höchster Werth) oder niedrigerer (sc. niedrigster Werth). Schadenersatz geleistet werden soll,[3]) oder es kann bei culpa levissima die Ersatzpflicht ausschliessen, oder alles dem richterlichen Ermessen überlassen.[4])

## §. 95.

### Mangel der Zurechnungsfähigkeit.

Die Zurechnungsfähigkeit ist ihrem Begriffe nach ausgeschlossen, wo einer Person die Willensfreiheit völlig mangelt, d. h. ihr Gebrauch durch natürliche Zustände, wie schwere körperliche oder Geistes-Krankheit, Körper-Constitution, also auch durch infantia,[1]) Cretinismus oder andere Zustände, wie mitunter bei der Schwangerschaft, bei Entwickelung der Pubertät[2]) eintreten können, ausgeschlossen ist; auch bei völliger Trunkenheit bez. Bewusstlosigkeit; unbewusstes Handeln im Schlafe. Alle diese Zustände haben Gradationen,[3]) welche bei Ausmessung der Strafe in Betracht zu ziehen sind.[4])

## §. 96.

### Mangel der Zurechenbarkeit.

Die Zurechenbarkeit ist ausgeschlossen:

I. Wo kein Causalnexus zwischen dem Willen einer willens-

---

[3]) Z. B. Lex Aquilia, c. 1, bei Tödtung eines Sklaven oder Quadrupes der höchte Werth des letzten Jahres; c. 3, bei deren Verwundung der des letzten Monats; ebenso wenn eine andere Sache vernichtet oder verletzt war, nur den höchsten Preis des letzten Monats.

[4]) „In Lege Aquilia etiam levissima culpa venit; — poena dupli, tripli, quadrupli.“

[1]) Nach dem deutsch. R.-Strafges.-B. sind Kinder bis zu 12 Jahren straffrei.

[2]) Brandstiftungstrieb der Mädchen.

[3]) Z. B. minor aetas.

[4]) Nur bei Nachweis auch geringer Geisteskrankheit lässt man

fähigen Person und einer Laesion stattfindet; mithin die Laesion als rein casuelle, d. h. als die Wirkung willenloser Naturkräfte erscheint, z. B. wenn einer vom Dache fällt und einen Vorübergehenden zu Tode drückt; hier ist der Natur der Sache nach jede Rechtsfolge ausgeschlossen. Selbstverständlich darf der Zufall nicht durch dolus oder culpa einer Person herbeigeführt sein, wie z. B. der Untergang eines Nachens durch unbefugtes Losbinden.

II. Die Zurechenbarkeit ist ferner ausgeschlossen, wo zwar ein Causalnexus zwischen dem freien Willen einer Person und einer Laesion besteht, aber das Wollen von keinem Vorwurfe getroffen wird, d. h. rechtlich erlaubt ist. Dies ist der Fall:

1) wo die Laesion die nothwendige Folge des Gebrauches eines Rechtes ist (§. 13);

2) so oft bona fide, d. h. in einem solchen Irrthum gehandelt wird, hinsichtlich dessen den Handelnden kein Vorwurf trifft, das Unrecht also unbewusstes, unbefangenes Unrecht ist (§. 90, Ziff. 1); daher z. B. der bonae fidei possessor nicht für die Consumtion oder Abnützung der Sache haftet. Eine solche Handlung heisst freie, nicht imputable Handlung und der durch sie veranlasste Schaden „damnum nec culposum nec dolosum;“ und dieser Schaden wird nicht ersetzt, noch bestraft.

III. Endlich ist die Zurechenbarkeit ausgeschlossen, wenn und soweit eine Person in einem Nothstande, d. h. mit unfreiem Willen gehandelt hat.

## §. 97.

### Vom Nothstande und der Nothwehr insbesondere.[1])

Unter Nothstand versteht man einen physisch bedingten Zustand, in welchem Jemand sich in seiner Persönlichkeit so bedroht findet, dass er seinen Willen nicht frei bestimmen kann, z. B. unter dem Einflusse von vis und metus (qui constantem virum movere potest). Insbesondere ausgezeichnet ist jener Nothstand,

---

Straflosigkeit eintreten, weil hier die Stärke derselben nie sicher zu constatiren ist.

[1]) Vergl. Zöpfl im (neuen) Archiv für Criminalrecht, 1842, Heft 1 u. 3; 1843, Heft 1.

in welchem eine Person sich so bedroht findet, dass sie ihre Selbsterhaltung nicht anders als durch die Verletzung oder Tödtung einer andern Person bewirken kann.

Ein solcher Nothstand kann nun eintreten:

1) entweder ohne alles Zuthun der andern Person durch einen casus, wie z. B. bei einem Schiffbruch, einer Hungersnoth u. s. w.;[2]) oder

2) er kann von der andern Person selbst herbeigeführt werden durch einen gegenwärtigen, rechtswidrigen, lebensgefährlichen, oder (wie die Nothzucht) die Sittlichkeit bedrohenden Angriff. In dergleichen Fällen wird die gegen den rechtswidrigen Angreifer verübte Tödtung oder Verwundung als Handlung in der Nothwehr bezeichnet.

Das Handeln in der Nothwehr (im canonischen Rechte sog. moderamen inculpatae tutelae) ist also eine Unterart des Handelns im Nothstande. Das positive Recht kann aus Zweckmässigkeitsrücksichten das Handeln in der Nothwehr ausdehnen, z. B. zur Verhinderung einer Brandstiftung, oder zur Vertheidigung anderer Angegriffener. Es kann auch andere Fälle auszeichnen, in welchen die Tödtung einer Person erlaubt ist, z. B. nach römischem Rechte dem Ehemann die Tödtung des in flagranti betretenen Ehebrechers, des fur nocturnus u. s. w. Mitunter erkennt die Gesetzgebung auch das Stehlen in Hungersnoth ausdrücklich als ein Handeln im Nothstand an, z. B. C. C. C. a. 161; doch nur den einfachen Diebstahl ohne Waffen, Einbruch u. s. w.

Bei der Nothwehr soll aber nicht weiter gegangen werden, als absolut nothwendig ist, sich von dem ungerechten Angriff zu befreien, jede andere Handlung wird selbst wieder strafbar, als sog. Excess der Nothwehr, moderamen deculpatae tutelae.

Man streitet darüber, ob das Handeln im Nothstand ein Recht sei, ob es also ein sog. Nothrecht gebe oder nicht.

Hier ist zu bemerken: die Berufung auf einen Nothstand bezweckt immer eine Entschuldigung, excusatio, wegen einer

---

[2]) Kampf um's Dasein.

vorliegenden formell fehlerhaften That. Dabei ist zu unterscheiden:

1) im Falle in reinem Nothstande, unter dem Drucke eines casus, gehandelt wurde,[3]) erscheint die Berufung hierauf einfach als Einrede (exceptio) der Unzurechenbarkeit der Handlung, weil es unter solchen Umständen widersinnig wäre, überhaupt zurechnen zu wollen.[4]) Die ältere Schule nannte eine in solchem Nothstande begangene Handlung als nicht imputabel einen „actus hominis, non vero actus humanus".

2) Im Falle aber in eigentlicher Nothwehr gehandelt worden ist, erscheint die Berufung hierauf als eine Einrede der Rechtszuständigkeit; denn hier erscheint die Handlung als Gegensatz des Unrechts, welches in dem rechtswidrigen Angriff liegt.

Hegel, §. 127, will auch das sog. beneficium competentiae als ein in der Vernunft begründetes Nothrecht darstellen, weil das Leben wichtiger sei, als das Vermögen; also ein Schuldner soviel müsse zurückbehalten dürfen, dass er leben könne. Allein das beneficium competentiae ist nur eine Erfindung und Singularität des römischen Rechtes und nur zu Gunsten gewisser Personen eingeführt. Der Code Napoléon kennt es gar nicht; in neueren Gesetzgebungen wird es auch abgeschafft oder nur auf einen Besoldungstheil der Beamten und Officiere, oder einen Theil der Renten der Standesherren beschränkt.

## §. 98.

### Von dem Unterschiede der Rechte, welche durch die materielle und durch die formelle Laesion begründet werden. Ersatz. Rache. Strafe.

In dem Begriffe des Unrechts liegt zugleich die Vernunftforderung seiner Wiederaufhebung und der Wiederherstellung des Rechts (§. 84).

---

[3]) Z. B. wenn Schiffbrüchige einander auffressen; einer den andern von dem Balken herunterwirft, der nur einen tragen kann etc.

[4]) Von einem Rechte hier zu reden, ist nicht wohl möglich, da ihm keine Verpflichtung des Andern gegenübersteht, sich die Nothhandlung gefallen, z. B. sich auffressen zu lassen.

Die Wiederherstellung des Rechtszustandes wird nun bewirkt:

1) in Bezug auf die materielle imputable Laesion, sie sei wie immer entstanden, durch positive oder durch negative Handlung, durch dolus oder culpa, einfach durch Rückgabe der Sache, oder Ersatz des Werthes, Schaden und Interesse inbegriffen. Hier liegt nämlich die Verletzung nur im Aeusserlichen, Ausserwesentlichen, Zufälligen, Erzetzbaren, bez. im materiellen Vermögen; hier genügt also auch die materielle Wiederkehrung vollständig. In dieser Beziehung begründet das Unrecht gerade so ein privatrechtliches Forderungsrecht, wie ein Vertrag (§. 67). Der Massstab und das Princip des Ersatzes liegt hier in der Grösse des Schadens. Daher begründet im römischen Rechte die materielle culpose oder dolose Verletzung von Sachen (damnum injuria datum) ein sog. delictum privatum, worüber die Lex Aquilia die obersten Grundsätze aufstellt. Selbst furtum und rapina wurden noch im classischen römischen Rechte nur vom Standpunkte des materiellen Schadens, bez. als Privatdelict behandelt; die dabei vorkommende poena dupli, tripli, quadrupli, ist nichts anderes, als eine hohe Schadensbestimmung.

2) Bei der formellen Laesion (§. 87), d. h. bei der Verletzung, welche gegen die Person gerichtet ist, kann ihrem Begriffe nach nicht von einer materiellen Wiederkehr die Rede sein.[1]) Man muss sich also vor Allem darüber klar werden, was aufgehoben werden kann und soll, indem, wenn nichts aufgehoben (und wiederhergestellt) werden könnte, von einer Rechtsfolge der formellen Laesion oder einem sog. Strafrecht gar nicht die Rede sein könnte.[2])

Um dies zu erkennen, muss man davon ausgehen, dass die formelle Laesion nur in der thatsächlichen, ihrer Erscheinung nach fehlerhaften[3]) Aeusserung eines besonderen (individuellen) schlechten Willens, voluntas, animus, dolus vel culpa, besteht, der sich in

---

[1]) Dies würde voraussetzen, dass man die Person als Taxirbares betrachtet, wie im altdeutschen Rechte und noch zum Theil bei Injurien (also jetzt exceptionell) geschieht.

[2]) Hegel, §. 99. — Siehe oben §. 84.

[3]) Fehlerhaft, weil die Persönlichkeit verletzend (§. 87).

Widerspruch mit dem allgemeinen vernünftigen Willen (mit der Vernunft, mit der Rechtsidee) gestellt hat. Der allgemeine Wille, d. h. die Vernunft, das Recht oder die Rechtsidee, ist aber als äusserlich nichtexistirend (d. h. als Uebersinnliches) an sich unverletzbar, sowie die Person untaxirbar. Die Herstellung des Rechtes kann daher nur liegen in der Wiederherstellung der Rechtsgeltung, d. h. des durch die formelle Laesion durchbrochenen und gestörten Rechtszustandes, und dies kann nur dadurch geschehen, dass der geäusserte schlechte Wille als ein geltender aufgehoben wird; d. h. es lässt sich nichts herstellen als die Herrschaft oder thatsächliche Geltung der sittlichen Idee des Rechtes.[4]) Die That selbst, die factische Verletzung einer Person, wieder aufzuheben, ist nicht und kann nicht die Aufgabe sein, denn dies ist physisch unmöglich.[5])

Die Aufhebung eines thatsächlich geäusserten schlechten Willens als eines herrschenden oder geltenden ist aber physisch nur möglich durch Einwirkung auf die Person des Thäters, weil Person und Wille im Subject vereinigt und untrennbar sind. Eine solche Einwirkung erscheint somit unvermeidlich als ein Angriff auf die Person des Thäters.[6])

Die Einwirkung auf die Person des Thäters nach Massgabe, d. h. im Verhältniss zu der von ihm verübten formellen Laesion, macht also die Rechtsfolge der formellen Laesion aus.[7]) Dies nennt man das Recht der Vergeltung, der Wiedervergeltung, der Rache, der Strafe, der Wandelung oder Abwandelung, der Züchtigung, der Busse u. dergl., welche Ausdrücke an sich gleichgültig sind und erst im historischen Rechte verschiedene specielle Bedeutungen annehmen.

---

[4]) Die Aufhebung der Geltung des besonderen schlechten Willens ist aber absolut vernunftnothwendig, weil, wenn dies nicht geschehen würde, dieser schlechte Wille an die Stelle des Rechtes als ein gültiger treten würde.

[5]) Seneca: „Praeterita non revocantur."

[6]) Diese Einwirkung auf die Person des Thäters macht also das Wesen der Aufhebung der Geltung eines schlechten Willens aus.

[7]) Hegel, §. 96.

Das, was aufgehoben werden muss, ist also die Geltung des Widerspruchsgeistes gegen das Recht, der sich in einer äusseren That gezeigt hat. In diesem Sinne kann man sagen, es muss der böse Wille des Missethäters gebrochen werden,[8]) er muss gedemüthigt werden, d. h. es muss ihm fühlbar gemacht werden, dass sein schlechter Wille nicht als geltender bestehen kann. Der Charakter der Strafe u. dergl. besteht also lediglich darin, dass sie Einwirkung auf die Person des Thäters zur Herstellung der Autorität des Rechtes ist, nach Verhältniss der Missethat, d. h. des thatsächlich gewordenen schlechten Willens. Nach allgemeinen Begriffen und Erachten ist die Strafe ein Nachtheil, welcher den Uebelthäter trifft; im Uebrigen ist dabei gleichgültig,' ob sie von demselben als ein Uebel empfunden wird oder nicht. Gerade die edleren Naturen, welche das Unglück hatten, sich von einer Leidenschaft zu einem Verbrechen hinreissen zu lassen, die also der Einsicht in dessen Unsittlichkeit und somit der Reue, d. h. der Selbstverdammung, fähig sind, suchen und finden oft in der Strafe, in der Erduldung eines Uebels, im Schmerz u. s. w. Beruhigung des Gemüthes, des Gewissens, Sühne der That. Es liegt nämlich tief in der menschlichen Natur die Anschauung, dass durch körperlichen Schmerz auf das Bewusstsein, bez. anregend auf die geistigen Kräfte gewirkt wird und auch dadurch der Seelenschmerz über begangene Unthat gelindert werden kann. Auf dieser Anschauung, dass durch freiwillige Leiden, Entsagungen, Entbehrungen, strenge Arbeit u. dergl. begangenes Unrecht gesühnt werden könne, beruht schon die ganze Entsühnungslehre der antiken Welt, ebenso die christliche Busstheorie oder Ascetik. Der körperlichen Selbstpeinigung substituirt dann die bessere Erkenntniss — und zwar schon im Alterthum — das sich Unterziehen den grösstmöglichsten Anstrengungen zu tugendhaften und überhaupt zu tüchtigen Leistungen, woraus mitunter wieder eine Verirrung, die Werkheiligkeit,[9]) hervorgegangen ist. Daher erklärt sich auch,

---

[8]) Auch die Idee bei Erziehung der Kinder ist, ihren Eigenwillen etc. zu brechen.

[9]) Verübung guter Werke ohne Besserung der Gesinnung.

dass mitunter Einzelne, besonders edlere Naturen, die Reue, den Seelenschmerz (die Furien) über eine begangene Unthat nicht ertragen können, wahnsinnig werden oder sich selbst tödten.[10]) Hier tritt daher die religiöse, besonders die christliche Versöhnungslehre, Schuldnachlass im Namen der Gottheit, die Idee der Sündenvergebung, Erlösung, vermittelnd dazwischen.

Es liegt übrigens nicht im Begriffe der Vergeltung, Strafe u. s. w., dass der Verletzte sie selbst übe, was oft unmöglich ist; sondern die sittliche Nothwendigkeit besteht nur darin, dass die Vergeltung etc. überhaupt geübt wird,[11]) d. h. dass der allgemein vernünftige Wille dem besonderen schlechten Willen gegenüber zur Geltung kommt. Es ist daher an sich gleichgültig, wer die Vergeltung ausübt. Es ist Pflicht für einen Jeden, der die Vergeltung üben, die Geltung des Rechtes herstellen kann, es zu thun und gerade hierauf beruht die Entwickelung des Strafrechtes in Familie und Staat.

## §. 99.

### Gerechtigkeit der Wiedervergeltung der formellen Laesion.

Es muss vor Allem feststehen, dass die Vergeltung, Strafe u. s. w. an sich gerecht ist; dann erst kann von ihren Modalitäten die Rede sein. Hegel leitet die Gerechtigkeit der Vergeltung (der Strafe) daraus ab, dass der Missethäter nach denselben Grundsätzen behandelt werde, welche er seiner Handlungsweise zu Grunde gelegt hat; er findet daher in der Vergeltung eine Anerkennung der Menschenwürde, eine Ehre des Verbrechers, da Niemand mehr verlangen könne, als nach den von ihm selbst aufgestellten Grundsätzen behandelt zu werden.

Diese Theorie beruht aber auf einer Ueberschätzung der Indi-

---

[10]) Schiller, Braut von Messina: Don Cesar: „Nicht auf der Welt lebt, der mich richtend strafen kann; drum muss ich an mir selber es vollziehen.“ .... Chor: „Das Eine fühl' ich: das Leben ist der Güter höchstes nicht, der Uebel grösstes aber ist die Schuld.“

[11]) Daher Vertrauen auf göttliche Gerechtigkeit; dass jede Schuld sich rächt = gestraft wird.

vidualität. Es kann dagegen eingewendet werden, dass, wenn Einer unvernünftig, bez. rechtswidrig handelt, die Gesellschaft oder ein Anderer nicht hierdurch berechtigt werden kann, nun auch an ihm unvernünftig zu handeln, bez. das Recht zu verletzen. Die Gerechtigkeit der Vergeltung bedarf aber nicht erst einer besonderen Beweisführung, sondern liegt schon in ihrem Begriffe und Zwecke, nämlich Herstellung der Autorität des Rechtes — des allgemein vernünftigen Willens — gegenüber von der schlechten That, d. h. in ihrer Verhältnissmässigkeit zur Missethat; denn gerecht handeln heisst, das richtige Verhältniss einhalten. Diese Theorie nun, welche in der Missethat den Rechtfertigungsgrund der Vergeltung erkennt und somit die Strafe als die nothwendige Consequenz der schlechten That betrachtet, heisst die Gerechtigkeitstheorie, Theorie der Wiedervergeltung, oder die absolute Strafrechtstheorie. Wer sich nicht von der Richtigkeit dieser Theorie, bez. von der sittlichen Nothwendigkeit der Vergeltung überzeugen kann, muss bei einer sog. Nützlichkeitstheorie oder relativen Strafrechtstheorie stehen bleiben, d. h. er kann alle Strafe nur als etwas politisch Unentbehrliches, als eine polizeiliche Nothwendigkeit für die sociale Ordnung, auffassen.

## §. 100.

## Von den Formen der Wiedervergeltung.

Für die Wiedervergeltung ist es ihrer Idee und ihrem Begriffe nach vollkommen gleichgültig, ob sie in derselben specifischen Weise geschieht, wie die formelle Laesion beschaffen war, d. h. quantitativ und qualitativ aufgetreten ist, weil es sich nicht um Aufhebung der Unthat als factum, sondern um die Herstellung der Autorität des Rechtes, bez. um Aufhebung der Geltung des schlechten Willens handelt. Es kommt nur darauf an, dass das richtige Verhältniss eingehalten wird, denn dies heisst gerecht handeln (§. 99). In derselben specifischen Weise die Vergeltung eintreten zu lassen, ist häufig an sich unmöglich. Hiermit schliesst die Speculation. Was nämlich im historischen und praktischen Leben als ein richtiges Aequi-

valent zu betrachten ist, dies zu ermitteln ist nur Verstandes-Sache, Sache der Politik, nicht der Vernunft; daher sind auch Strafarten und Strafmasse nach der Bildungsstufe der Völker verschieden.

Alle Völker beginnen ursprünglich mit roher physischer Talion und endigen mit milderen Strafen, welche Besserung bewirken sollen, so dass nur die Idee der Genugthuung für das verletzte Recht festgehalten wird.

Nach philosophischen Begriffen kann niemals von der absoluten Rechtmässigkeit einer Strafe die Rede sein, sondern nur von der Zweckmässigkeit der verschiedenen möglichen Modalitäten der Strafe, wie Todesstrafe,[1]) körperliche Strafe, Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Verweis u. s. w.

In der älteren Zeit sind die Fälle der Todesstrafe, also der Vernichtung des Thäters, sowie rohe, verstümmelnde Strafen vorherrschend. Die neuere Zeit entscheidet sich für deren Abschaffung oder doch möglichste Beschränkung und verhängt vorzugsweise Freiheitsstrafen, in geringeren Sachen auch Geldstrafen.

### §. 101.

### Scheidung von Rache, Strafe und Züchtigung.

An sich betrachtet sind ursprünglich die Ausdrücke Rache, Strafe, Züchtigung u. s. w. gleichbedeutend als Bezeichnungen der Wiedervergeltung der formellen Laesion. So heisst z. B. noch im Strassburger Stadtrecht des XIII. Jahrhunderts die Todesstrafe die „Rache mit dem Schwert.“

Die Rache ist daher nicht an sich (absolut) verwerflich,[1]) nämlich in soweit nicht, als sie wirklich nur Wiedervergeltung ist; ja, sie ist sogar die einzige Form der Rechtsübung durch Selbsthilfe, so lange der Staatszustand noch nicht entwickelt

---

[1]) Zoepfl, Denkschrift über die Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit der Todesstrafe etc., Heidelberg 1839. — H. Hetzel, Die Todesstrafe in ihrer culturgeschichtlichen Entwickelung. Eine Studie. Berlin 1870. — Zoepfl's Anzeige hiervon in den Heidelberger Jahrbüchern 1869, No. 50. — F. von Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. Berlin 1875.

[1]) Sagt doch Gott selbt in der Bibel: „Die Rache ist mein.“

ist, und erscheint noch im Völkerrechte in der Form von Repressalien und Krieg. Die Rache ist nur insofern verwerflich, als sie als Handlung des Verletzten oder seiner Freunde leicht das richtige Mass der Vergeltung überschreitet und daher nur zufällig gerecht ist, also häufig eine neue Rechtsverletzung enthält, in Folge wovon sich die Rache gegenseitig von Generation zu Generation in infinitum vererbt. [2]) Ueberdies ist es bei der Rache unsicher, ob wirklich die gerechte Vergeltung auch nur geübt werden kann, wenn nämlich der Verletzte und seine Freunde schwächer sind, als die Missethäter und deren Anhang.

Die Vernunft fordert aber die möglichste Befreiung der Vergeltung von der Zufälligkeit der individuellen Macht und deren Ueberschreitung.[3]) Hierauf beruht die Idee der Strafe im Gegensatz der Rache. Diese Scheidung zu bewirken, ist Sache der Politik. Die Strafe ist also aufzufassen als eine von der Zufälligkeit der Ueberschreitung des Masses und der Unzulänglichkeit der Kraft befreite und also gerechte Vergeltung. Dies ist aber nur möglich bei dem Bestehen corporativer Zustände, wie Familie, Gemeinde und Staat, indem ein solcher Kreis die Fähigkeit hat, das Recht unter seinen Mitgliedern angemessen zu handhaben.

In diesem Sinne beginnt also das eigentliche Strafrecht erst mit der Familie, der Gemeinde und dem Staate. Es ist aber das Strafrecht für diese Corporationen nichts Erworbenes oder von dem Verletzten an sie Uebertragenes, d. h. keine an sie cedirte Rache, sondern ein der Corporation ihrem Begriffe nach zuständiges Recht, weil sie als sittlicher Zustand an sich den Zweck und die Pflicht zur Handhabung des Rechtes hat (§. 98 a. E.).

Die Strafe selbst will und soll daher in Familie, Gemeinde und Staat nichts Anderes sein, als gerechte, d. h. massvolle Wiedervergeltung zum Behufe der Herstellung der Autorität des Rechtes; dies zu sein ist auch ihr Wesen oder sog.

---

[2]) Idee der germanischen und corsikanischen Blutrache.

[3]) Auch im gerichtlichen Zweikampf war Rache und Beweisführung vermischt.

Zweck,[4]) sowie das Verbrechen ihr Grund. Dass die Strafe auch Vorbeugung, Abschreckung, Warnung, Besserung u. dergl. bewirken kann, ist nach Umständen natürliche Consequenz ihrer Androhung im Gesetz und Vollstreckung, bez. ihrer Einwirkung auf die Person des Uebelthäters und das Denkvermögen Anderer, aber nicht das Wesen oder der Zweck der Strafe. Für das historische Leben kann aber dies alles Nebenzweck werden, indem es ganz verständig (politisch) ist, wenn man mit einem Acte mehrere gute Erfolge erzielen kann. Ebenso sind die sog. Abbüssung, Sühne des Verbrechens, Aussöhnung mit der Gesellschaft, keine besonderen Zwecke, sondern selbstverständliche Consequenzen der Wiedervergeltung, der Herstellung der Autorität des Rechtes und also implicite in der gerechten Strafe begriffen und durch sie bewirkt.[5])

Unter Züchtigung, castigatio, versteht man im Gegensatz zur Strafe eine Einwirkung auf eine Person wegen begangenen Unrechtes, wobei die Absicht der Erziehung, d. h. der Besserung vorwaltet. Daher findet sich die Züchtigung gewöhnlich im häuslichen Kreise oder bei kleinerem Unrecht auch als polizeiliches Institut.

## §. 102.

## Uebergang der formellen Laesion in den Begriff des Verbrechens.

Jeder genossenschaftliche (corporative) Zustand, Familie, Gemeinde oder Staat, erscheint als ein Zustand der wirklichen Rechtsgeltung,[1]) also als ein Zustand des Friedens, d. h. der Rechtsordnung. Folglich erscheint die formelle Laesion, wenn

---

[4]) Man kann daher auch sagen: „Zweck der Strafe ist, Strafe zu sein;“ denn der Zweck ist nie etwas Anderes als das Wesen eines Dinges selbst, praktisch, d. h. als Gegenstand praktischer Darstellung gedacht.

[5]) Eine zu beachtende Darstellung der Strafrechtstheorien von Heinze s. in F. v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechtes. Berlin 1871, S. 241 bis zu Ende.

[1]) Hegel: „Wirklichkeit des sittlichen Geistes.“

sie innerhalb eines solchen Kreises begangen wird, als Verletzung, Bruch dieses Familien-, Gemeinde- oder Staatsfriedens. Hierauf beruht die Bezeichnung der Missethat als Verbrechen, oder, wie man im deutschen Mittelalter sagte: „Landfriedensbruchsachen“ oder „Halsgerichte.“ Im römischen Rechte erscheinen diese Verbrechen unter der Bezeichnung judicia publica oder crimina; dieses Wort bedeutet aber ursprünglich nicht direct Verbrechen, sondern öffentliche Anklage, bez. derselben unterworfene Sachen. Kleinere Delicte werden an manchen Orten noch Brüche genannt; auch heissen so die davon zu zahlenden Strafgelder.[2])

## §. 103.

## Das Strafrecht der Familie.

Das Strafrecht kann in der Familie nur unvollständig zur Entwickelung kommen, denn die Familie ist zwar relativ gemeinsamer Geist, nämlich, aber auch nur, in Bezug auf die Familienmitglieder. In Bezug auf Nichtmitglieder ist sie selbst aber nur etwas Concretes. Daher kann sie eine eigentliche Strafe, sowie eine Züchtigung nur unter ihren Mitgliedern ausüben; dies thut sie ursprünglich durch das Familienhaupt oder ein Familiengericht, wie jetzt noch im Privatfürstenrecht. Gegen dritte Personen kann die Familie nur rächend, nicht richtend auftreten. Dieser Gegensatz von Familienrache und Familiengericht zeigt sich besonders im altdeutschen Rechte; noch jetzt legt jede Gesetzgebung dem Familienhaupt (pater familias) eine gewisse Autorität (Züchtigungsrecht, Enterbungsrecht) bei.

## §. 104.

## Das Strafrecht der politischen Gemeinde oder des Staates.

Das Strafrecht gelangt zu der höchsten Entwickelung, deren es fähig ist, d. h. zur möglichsten Entkleidung vom Charakter der Rache und Sicherheit seiner Ausübung erst in den grösseren

[2]) Z. B. einen in die Brüche nehmen.

oder kleineren Volksgemeinden, politischen Gemeinden oder Staaten; namentlich im Staate, als demjenigen corporativen Zustande, über welchem es keinen höheren mehr geben kann, und in welchem die Familie selbst nur eine Stellung als privatrechtliche Institution einnimmt und auch die kleineren Ortsgemeinden in Unterordnung treten. Erst bei dem Dasein einer grossen Volksmasse ist ein eigentliches unparteiisches Richten über jeden Staatsangehörigen möglich. Gegen Ausländer im Ausland, bez. gegen auswärtige Staaten, kann aber selbst der Staat nichts Anderes thun, als seinen Bürger rächen (durch Repressalien, Krieg). Wo also kein „richten" möglich ist, bleibt die Rache in praktischer Gültigkeit.

Im Staate nimmt die Verletzung der allgemeinen menschlichen Interessen, welche in der formellen Laesion liegt, den Charakter eines Widerspruches gegen den sittlichen Volksgeist und das Rechtsbewusstsein des Volkes an, sog. Idee der Gemeingefährlichkeit. Die Sache der Staatsgesetzgebung ist es daher:

1) die Fälle des strafbaren Unrechtes oder des Verbrechens (§. 102) zur Anschaulichkeit zu bringen; daher ergibt sich die Nothwendigkeit der Strafgesetzgebung. Hierdurch wird der Rechtswidrigkeit der Charakter einer Gesetzübertretung beigelegt. [1]) Jedoch entwickelt sich die Strafgesetzgebung mitunter erst spät und vertritt oft lange Zeit das Herkommen ihre Stelle. Daher gehört der heutige Fundamental-Satz: „nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege" erst der neueren Zeit an. Aus Rücksicht auf die individuelle Freiheit will man heutzutage im Criminalrecht auch keine Analogie mehr zulassen. [2])

2) Es muss der Staat auch die Grundsätze der Strafzufügung, die Form der Wiedervergeltung, die Strafarten, das Strafmass und das Strafverfahren bestimmen. Man will keine arbiträren Strafen mehr; wohl aber lässt man zu, dass dem richterlichen Ermessen innerhalb eines gesetzlich bestimmten Maximum und Minimum ein Spielraum gelassen werde. Man erkennt Milderungs-

---

[1]) Unpassend spricht man in neuerer Zeit hier von Gesetzverletzung; s. oben §. 85.

[2]) „Was nicht verboten ist, ist erlaubt."

gründe an, aus welchen noch unter das gesetzliche Minimum herabgegangen werden kann; man will keine Strafschärfungsgründe, nicht zu verwechseln mit Straferhöhungsgründen. Im Allgemeinen neigt die Gesetzgebung mehr zur Milde. Die Gesetzgebung kann sogar auch Manches in das Gebiet der Polizei oder des Privatrechtes verweisen,[3]) sogar eine Verletzung oder Beleidigung einer Person für Privatdelict und taxirbar erklären, wie z. B. die Injurien (Ehrenkränkungen). Bei diesen lässt mitunter die Gesetzgebung dem Verletzten die Wahl, ob er auf eine Geldsumme oder auf eine öffentliche Strafe klagen will.

Gewöhnlich unterscheidet die Gesetzgebung jetzt Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen.

## §. 105.

## Uebersicht der historischen Entwickelung des Strafrechtes im Staate.

### A. Ideale Auffassung.

Die erste Auffassung des Strafrechtes bei den Völkern der alten Welt, namentlich bei den alten Orientalen, ist idealistisch-theokratisch. Spuren davon finden sich selbst noch im alten römischen Criminalrechte, wonach der todeswürdige Verbrecher als der Gottheit geweiht (verfallen) betrachtet wurde (sacer esto). Die Strafe erscheint hier als Rache der beleidigten Gottheit.[1]) Es liegt also die Idee einer moralischen Wiedervergeltung zu Grunde, d. h. die Rücksicht auf die Unsittlichkeit des animus. Eben darum ist die Strafe hiernach masslos, weil zwischen der Gottheit und der Menschheit kein Rechtsverhältniss besteht. Daher ist die Strafe bei den grossen Verbrechen regelmässig Vernichtung des Thäters, d. h. Todesstrafe. Hiermit verbindet sich zugleich die Idee eines religiösen Opfers, einer Versöhnung, Expiation, der Nation selbst mit der Gottheit durch die Tödtung, bez. Ausstossung des Verbrechers. Es reinigt sich damit die

[3]) Wie z. B. das römische Recht sogar furtum, rapina und damnum injuria datum, sog. delicta privata.

[1]) Später der beleidigten Menschheit, bürgerlichen Gesellschaft u. s. w.

Nation von der Blutschuld, die auf ihr im Ganzen zu haften scheint, so lange sie den Verbrecher unter sich duldet. Es ist dies eine mystische Auffassung der sittlichen Nothwendigkeit der Handhabung der Autorität des Rechtes durch die Gesellschaft. Auch verbindet sich damit oft die Idee einer Aussöhnung des Verbrechers selbst mit der Gottheit durch seine Opferung.[2]) Nebenbei bildet sich schon frühzeitig für kleinere Delicte eine Idee von Bussen, Reinigungen und Entsündigungen des Einzelnen durch Busswerke, Kasteiungen, Gaben an die Tempel oder Priester. Auf diesem Standpunkte steht auch die mosaische Gesetzgebung. Das Strafrecht der katholischen Kirche, wie es in dem canonischen Rechte hervortritt, beruht rein auf dem Busssystem, der poenitentia, der Kirchenstrafen, zur Rettung der Seele; es kennt selbst keine Todesstrafe oder verstümmelnde Strafe,[3]) überlässt aber die eigentliche Strafrechtshandlung den weltlichen Gerichten, ohne sich in die weltliche Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege einzumischen.

Nachdem die orientalische Theorie bei den Griechen ihre theosophische Grundlage verloren hatte, entwickelte sich daraus die stoische Lehre, dass es nur eine Tugend und ein Laster gebe, also alle Verbrechen gleich strafbar seien. Hierauf beruhte die drakonische Gesetzgebung. Diese musste aber schnell stürzen, eben weil der religiöse Hintergrund fehlte. Ueberreste der orientalischen Theorie finden sich übrigens noch im späteren römischen Criminalrechte. Dieses fasst nämlich das Verbrechen nur subjectiv auf; es sieht regelmässig nur auf den animus, nicht auf den Eintritt oder die Grösse des Erfolges.[4]) Daher straft das römische Recht consequent den Versuch so hoch wie die Vollendung. Plato dagegen wollte Straflosigkeit des erfolglosen Versuches, weil er es als Einfluss des Daemon, bez. als eine Gnade der Gottheit betrachtete, dass der Mensch das Verbrechen

[2]) Er hat mit dem Leben seine Schuld gebüsst. — Hiermit hängt auch die christliche Idee der Versöhnung, Entsündigung der Menschheit durch den freiwilligen Opfertod Christi zusammen.

[3]) „Ecclesia non sitit sanguinem."

[4]) L. 24 Dig. ad L. Corneliam de siccariis (Hadrianus): „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus."

nicht habe vollführen können; also solle auch der Mensch nicht strafen. Im römischen Rechte wird sogar die culpa gar nicht strafrechtlich, sondern nur als casus behandelt, was wieder consequent war, weil hier keine Schlechtigkeit des animus, wie bei dem dolus, vorlag. Man betrachtete einen Menschen, der eine Unthat aus culpa beging, als einen Bemitleidenswerthen, auf dem der Zorn der Gottheit ruhte.[5])

## §. 106.

### B. Materialistische Auffassung.

Ganz entgegengesetzt war die Auffassung des Strafrechtes bei den germanischen Völkern. Hier zeigt sich nur in der ältesten Zeit noch ein theokratischer Anklang (Strafvollzug durch die Priester), aber die Todesstrafe war schon beschränkt auf wenige Verbrechen (Verrath u. dergl.). Die Hauptauffassung beruhte aber auf dem Gesichtspunkte der materiellen Verletzung und der Idee der Rache des Verletzten und seiner Familie. Diese Rache erscheint zwar seit der Völkerwanderung ihrer Ausübung nach als ein rein menschliches Institut, aber in der Bezeichnung derselben als Fehde, faida, in der Bezeichnung des gerichtlichen Kampfes als Wehadinc (Weihgericht)[1]) liegt doch noch eine Hindeutung auf eine religiöse Weihe, d. h. eine Spur der Grundansicht, dass Vergeltung üben etwas gleichsam religiös Gebotenes, bez. die Rechtshandlung eine heilige Pflicht,[2]) Wille der Gottheit, ein Gott wohlgefälliges Werk sei.[3]) Dachte man doch später noch an die Einmischung der Gottheit in die Rechtspflege, bei den Ordalien.[4])

---

[5]) Nach der Lex Porcia sollte ein Civis Romanus keine Todesstrafe erleiden, sondern nur Exil. Vergl. §. 106 a. E.

[1]) Auch in der Vehme, dem bannire, ist der Begriff: weichen; ebenso in Wich = Stadtbezirk; im fries. wethen — ad judicium Dei provocare.

[2]) Sagte man doch „heilige Vehme," wie später „heilige Inquisition."

[3]) Die Gottheit selbst hiess Wich. Zusammenhang der rechtsprechenden Volksversammlung mit dem alten Baum-Cultus; daher auch der Schildpfahl, Dingpfahl, die Rolandsäulen.

[4]) Wo Niemand die Wahrheit wissen kann, als Gott allein etc.

Die Verbrechen wurden regelmässig gebüsst durch Privatsatisfactionen, sog. Wehrgelder, Bussen an die Partei, Wetten an den Richter (sog. Compositionensystem). Die Erlangung dieser Bussen war Privatsache des Verletzten und seiner Verwandten. Die Privatsatisfaction war Ablösung der Rache (Blutrache) oder des Fehderechtes der Einzelnen und der Familien. Die Fehde, inimicitia, war also eine Art von Familien-Kriegsrecht, welches allmählich der Staat einzuschränken suchte. Nach der Entwickelung des Staates wurde selbst die öffentliche Strafe noch lange so aufgefasst, als sei sie nur eine Hilfe, die der Staat den Bluträchern u. s. w. bei der Ausübung ihrer Rache leistete. Das Verbrechen war daher mit wenigen Ausnahmen von sog. unsühnbaren Verbrechen regelmässig taxirbar, also einem materiellen Schaden gleichgestellt, und die alten Leges Barbarorum enthalten vorzugsweise solche Taxen. Nur bei Zahlungsunfähigkeit des Verbrechers trat öffentliche Strafe, anfänglich womöglich eine rohe physische Talion ein, wobei sich Einflüsse des mosaischen Rechtes zeigen.[5])

Die Auffassung des Verbrechens war daher ursprünglich eine rein objective, d. h. man sah nur auf den Erfolg. Der misslungene Versuch war also straflos oder galt höchstens als ein Frevel (Injurie). Dagegen wurde die durch culpa begangene Missethat meistens eben so hoch gebüsst, wie ein absichtliches Verbrechen; sogar bei der Tödtung eines Menschen aus Nothwehr musste man an manchen Orten dessen Wehrgeld bezahlen. Dazu kam aber nach Entstehung des Städtewesens die Idee der Verbürgung, so dass der eigentliche Bürger mit keiner öffentlichen Strafe belegt oder hingerichtet werden konnte, sondern nur von der Gemeinde ausgeschlossen und verbannt wurde; ähnlich wie in Rom zur Zeit der Republik nach der Lex Porcia. In der älteren Zeit bestand die Einrichtung, dass die Familie oder Genossenschaft bei Insolvenz des Verbrechers für die Blutgelder haften musste.

---

[5]) Aug' um Aug'; Zahn um Zahn.

§. 107.

**C. Ausgleichung der idealen und materialistischen Auffassung.**

Die fortschreitende Civilisation führte allmählich zu einem Strafsystem, in welchem das Verhältniss des animus und seiner Gradationen zu dem effectus, d. h. zur quantitativen und qualitativen Laesion — dem Erfolg — gleichmässige Berücksichtigung findet. Die ersten Spuren einer solchen Eklektik finden sich schon im canonischen Rechte, sodann in der „Peinlichen Halsgerichtsordnung“ K. Carl V. von 1532. Die Aufsuchung eines gerechten Strafmasses und angemessener Strafarten macht nun die Richtung der neueren Zeit aus, und hierbei können sich viele Verschiedenheiten zeigen, weil dies lediglich Verstandessache, bez. Sache der Strafrechtspolitik ist.

## III. Unterabtheilung.

## Von den Forderungsrechten und persönlichen Befugnissen, welche ohne Vertrag und Delict entstehen.

§. 108.

### Rechtsfolgen der Verletzung durch Sachen.

Eine Beschädigung kann auch durch Sachen unmittelbar angerichtet werden, z. B. durch Bergsturz, Erdfälle, Einsturz, Ueberschwemmung, schwimmende Balken; auch durch Thiere u. s. w. Ein solcher Schaden ist als ein Schaden durch Naturereignisse seinem Wesen nach ein casueller Schaden, weil er von einem willenlosen Gegenstande ausgeht; allein da die Sache oder das Thier als Willenloses an sich kein Recht hat, sondern nur Object des Rechtes für den Menschen ist, so liegt in der Sache, welche geschadet hat, insofern sie überhaupt einen Werth hat, zugleich der Ersatz des von ihr ausgegangenen Schadens, soweit ihr Werth reicht. Der Beschädigte darf sich also der Sache

bemächtigen, sofern dies möglich ist, und mit derselben nach Willkür verfahren.[1])

Hierauf beruht im römischen Rechte die Lehre von dem Retentionsrechte an der schadenden Sache und die Lehre von der pauperies, d. h. dem Schaden durch Thiere, resp. das Recht auf Herausgabe des schädlichen Thieres; ebenso die Lehre von der noxa, d. h. dem Schaden durch Haussöhne und Sklaven, die der pater familias auch dem Beschädigten herausgeben muss, wenn er den Schaden nicht ersetzen will.

---

## II. Abschnitt.

## Das Recht der genossenschaftlichen Zustände.

### §. 109.

### Begriff von genossenschaftlichem Zustand und Zustandsrechten überhaupt.

Es ist schon oben (§. 16) ausgeführt worden, dass die Existenz der Menschheit als Gesammtheit Socialität, Gesellschaftlichkeit ist, d. h. ein Coëxistenzverhältniss vernünftiger Individuen, also von Individuen gleichen Wesens. Die Socialität als historische Erscheinung steht aber unter physikalischen, besonders tellurischen Einflüssen, gerade so wie die Körperlichkeit, Geschlechtsverschiedenheit und Racenverschiedenheit der Individuen. Unter diesen natürlichen Einflüssen erscheint die Socialität naturgemäss getheilt und geschieden in vielfache mehr oder minder grosse Gruppen oder Kreise, so dass die Trennung zugleich Verbindung ist und umgekehrt. In diesen Gruppen oder Kreisen gewinnt der allgemeine vernünftige Geist der Menschheit erst praktische Bedeutung, d. h. thatsächliche Geltung als gemeinsamer Geist eines bestimmten socialen Kreises, so dass also das

[1]) Manche drücken dies so aus, dass die Sache selbst in ein obligatorisches Verhältniss zum Verletzten trete, was aber unlogisch ist, weil die Sache selbst als Willenloses sich nicht obligiren kann.

Gemeinsame das Medium wird für die Wirksamkeit des Allgemeinen. [1])

Eine Verbindung vernunftbegabter Wesen, welche in tellurischen Verhältnissen und Naturtrieben wurzelt, also den Grundlagen ihrer äussern Erscheinung nach ebenso unfreiwillig ist, wie die körperliche Constitution, das Geschlecht u. s. w. des Individuums, und durch welche gemeinsame Interessen zum Bewusstsein gebracht und die Herrschaft eines gemeinsamen sittlichen Geistes vermittelt wird, heisst ein genossenschaftlicher Zustand.

Das Wesen eines jeden genossenschaftlichen Zustandes besteht demnach darin:

1) dass die durch natürliche Verhältnisse verbundenen Individuen gegen die übrigen ein geschlossenes Ganzes, ein conretes corpus, eine Corporation darstellen; [2])

2) diese Personen erscheinen eben darum als ein Gemeinwesen, Gemeinschaft, Gemeinde, universitas, weil sie gemeinschaftliche Interessen und Rechte haben; und

3) endlich wird eine Genossenschaft auch als eine moralische oder juristische Person bezeichnet, weil sie ein gemeinschaftliches sittliches und rechtliches Bewusstsein hat.

Solche genossenschaftliche Zustände sind ebenso vernunft- wie naturnothwendig; durch sie erlangt die Idee, das ideale Recht, die entsprechende Macht und wird also das richtige Verhältniss, die harmonische Verbindung von Recht und Gewalt durch sie und in ihnen hergestellt. Es gibt daher auch ein Recht der Gesammtheit im Gegensatze des Rechtes der Individuen, welches Recht des Ganzen das Recht der Individuen nicht aufhebt, sondern ihm einerseits die gehörige Geltung verbürgt und anderseits die angemessene Schranke setzt. [3]) Die Unterordnung des

[1]) Siehe oben §. 16.

[2]) Cicero: „homo ex pluribus unus.“ — Naturrechtlich genügen schon zwei Personen, um eine Corporation zu bilden; römisch- und gemeinrechtlich drei Personen.

[3]) Wann und ob dies der Fall ist, wird oft streitig werden, weil dies Casuistik, Verstandessache, Zweckmässigkeitsfrage etc. ist; z. B. ob Impfzwang, Schulzwang etc. bestehen soll.

Rechtes der Individuen unter das Recht der Gesammtheit ist aber die Consequenz des Begriffes der Genossenschaft.

Diejenigen Rechte, welche in dem Bestehen genossenschaftlicher Zustände wurzeln, heissen Zustandsrechte, jura status. Sie sind für die Mitglieder des Gemeinwesens mit dem Begriffe desselben absolut gegeben, wie die Urrechte der Individuen mit dem Begriffe der Persönlichkeit, bez. mit dem Dasein der Person. Daher wirken auch nach römischem Rechte die status-Klagen wie actiones in rem contra quemcunque, und werden als Präjudicial-Klagen bezeichnet, weil vorerst der status feststehen muss, bevor man auf die durch seine Zuständigkeit bedingten Rechte Anspruch machen kann.

Vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus kann man zwei genossenschaftliche Zustände unterscheiden:

1) das Haus oder die Familie;

2) die bald grössere, bald kleinere Volksgemeinde, politische Gemeinde oder den Staat. [4])

Diese beiden genossenschaftlichen Zustände erscheinen auch im römischen Rechte unter der Bezeichnung status familiae und status civitatis.

Die Familie wird häufig als natürliche Corporation [5]) bezeichnet, der Staat dagegen als politische Corporation. Allein diese Bezeichnung ist unpassend, da auch der Staat nicht weniger natürlich ist als die Familie, und umgekehrt kann auch die Familie nicht ohne Politik, d. h. Klugheit, Zweckmässigkeitsrücksichten, bestehen. Vielmehr sind Familie und Volksgemeinde oder Staat nur unterschieden durch die grössere oder geringere Ausdehnung der Genossenschaftlichkeit, bez. durch die grössere Ausdehung ihrer Interessen oder Zwecke. Am einfachsten ist häusliche Genossenschaft und Volksgenossenschaft zu unterscheiden.

Da die Familie historisch selbst bald unter die Volksgemeinde oder den Staat tritt, so wird sie bald in demselben eine Privatrechts-Institution (privatrechtliche Genossenschaft) und der

---

[4]) Die weitere Unterscheidung von Ortsgemeinden und Staat gehört dem historischen Rechte an.

[5]) Hegel: „natürlicher sittlicher Geist."

Staat (civitas) wird sodann im Gegensatze von ihr (als dem häuslichen Zustand) als öffentlicher Zustand, öffentliche Genossenschaft, res publica, bezeichnet. Familie und Volk (Staat) entwickeln (regeneriren) sich historisch fortwährend aus einander und gehen fortwährend in ewiger Wechselwirkung in einander über.

## §. 110.

## Begriff und Wesen der Familie im engeren und weiteren Sinne.

Die Familie beruht zunächst auf der natürlichen Scheidung der Geschlechter und dem damit gegebenen Naturtrieb zu ihrer Vereinigung und dadurch bedingten Fortpflanzung, bez. Erhaltung der Gattung. Das natürliche Element bildet also die Vermischung und bez. Einheit des Blutes durch Zeugung. Hierzu kommt der Geselligkeitstrieb überhaupt, d. h. das Bedürfniss einer geordneten Lebensgemeinschaft und fortwährenden gegenseitigen Unterstützung. Hierauf geht die Bezeichnung der Familie als Haus, domus; diesem liegt die Herdgemeinschaft neben der communio thori zu Grunde.[1])

Die Einheit des Blutes vermittelt die Entwickelung eines sittlichen Bewusstseins, die Idee eines freundlichen, friedlichen Zusammengehörens. Daher ist die Familie aufzufassen als eine durch Geblüt begründete Verbindung zu dauernder Lebensgemeinschaft, was das römische Recht unter dem Namen jus sanguinis, perpetuum vitae consortium begreift.

Die Familie ist der einfachste corporative Zustand. Der sittliche Geist in der Familie besteht eben in dem Bewusstsein der durch die sinnlichen Elemente, Geschlechtsgemeinschaft und Blutseinheit, vermittelten Gemeinschaftlichkeit der vernünftigen Interessen. Folge hiervon ist eine gemeinschaftliche Lebensanschauung in religiöser und socialer Hinsicht, so dass die Familie sich ursprünglich zugleich als Religions-, Rechts- und Interessen-Gemeinschaft darstellt. Daher haben alle Völker ursprünglich

[1]) Der Herd ist der Mittelpunkt des häuslichen Lebens; um ihn herum sind oft noch die Schlafstätten. Daher „Tisch und Bett“ als Bezeichnung des ehelichen Zusammenlebens; daher dann auch Scheidung von Tisch und Bett = Trennung der Ehegatten.

sacra privata,[2]) Familiengewalt, Familiengericht, Familienrath, Familienherkommen, Familien-Autonomie und Familien-Traditionen, was Alles erst nach der Entwickelung der Volksgemeinde oder des Staates Einschränkungen erleidet.

Durch Zeugung erweitert sich die Familie meistens so, dass man bald anfängt, das Haus oder die Familie im engeren Sinne, d. h. die Personen, die unter einem Hausvater stehen, und das Haus oder die Familie im weiteren Sinne (die Vetterschaft, Freundschaft, Sippschaft, [3]) Stämme) als Inbegriff aller Blutsverwandten zu unterscheiden.

Allenthalben entwickelt sich in der Familie ein herrschendes [4]) und ein gehorchendes oder dienendes Element, auf welches letztere eben die Bezeichnung familia selbst hindeutet; dieses erscheint zunächst in der Frau und den Kindern. Allmählich schliessen sich auch theils freiwillig aus Bedürfniss des Schutzes, des Unterhaltes, theils mitunter unfreiwillig, durch Gewalt beigezwungen, noch andere Elemente an, die nicht blutsverwandt sind, mit dem Charakter als servi, clientes, Hörige, Knechte, Mägde u. s. w.

Aus der angegebenen Idee der Familie folgt:

1) die Alimentationspflicht der Familienglieder gegenseitig. Sie ist in den positiven Rechten erweitert bis zur Dotalpflicht des Vaters gegen die Töchter und zum beneficium competentiae unter Eltern, Kindern und Geschwistern. Der Code Napoléon, Art. 203, leitet die Alimentationspflicht der Eltern gegen die Kinder aus dem Ehevertrag ab.

2) Wo keine Ehe besteht, kann auch keine oder doch nur eine unvollständige Familienverbindung stattfinden, so nach römischem Rechte nur „respectu matris omnis filius est legitimus". Das altdeutsche und das altfranzösische Recht sprachen den unehelichen Kindern sogar alles Familienrecht ab.[5])

3) Die Frau geht mit der Ehe in die Gewalt und Vorsorge ihres Mannes über; sie scheidet damit aus ihrer bisherigen Fa-

---

[2]) Laren, Penaten.

[3]) Sippschaft = Friedensgenossenschaft.

[4]) Daher römisch herus = haeres.

[5]) L'enfant naturel n'a point de famille.

milie aus.[6]) Daher wird ursprünglich bei allen Völkern die Familie nur durch Agnation (Verwandtschaft durch Männer) fortgepflanzt; erst später erlangen auch die Cognaten (Verwandte durch Weiber) einige Bedeutung.

4) Durch die Verheirathung einer Frau wird zwischen ihr und der Familie des Mannes und umgekehrt zwischen diesem und der Familie der Frau ein ähnliches freundliches Verhältniss hergestellt, wie durch die Blutsverwandtschaft, sog. Schwägerschaft, affinitas.

## §. 111.

### Begründungsart der Familie oder die Ehe.

Die natürliche Begründungsart der Familie ist die Ehe, d. h. die gegenseitige freie Willenserklärung zweier fortpflanzungsfähigen Personen verschiedenen Geschlechts zur Eingehung einer bleibenden Geschlechts- und Lebensgemeinschaft (animarum copula ad perpetuum vitae consortium). Die Ehe ist sonach, wie auch das Wort grammatisch andeutet, ein Vertrag; daher sind auch im römischen und canonischen Rechte sponsalia (de praesenti), nuptiae, matrimonium, ganz gleichbedeutend. Es ist die Ehe nichts Anderes als ein gegenseitiges Gelöbniss, Ehegatten sein zu wollen, wovon man wohl die vorbereitende Erklärung, künftig eine Ehe schliessen zu wollen, das sog. Verlöbniss, sponsalia de futuro im canonischen Rechte genannt, zu unterscheiden hat. Die Bezeichnung der Ehe als sponsalia ist noch erkennbar im französischen époux, épouse. Hegel wollte bestreiten, dass die Ehe ein Vertrag sei, verwechselt aber dabei den Ehevertrag und den dadurch begründeten status familiae, den Ehestand.

Die künstliche Begründung von Familienzustandsrechten durch Adoption, Anwünschung eines Kindes, gehört dem historischen Rechte an.

---

[6]) Femina est finis familiae.

## §. 112.

### Von der Sittlichkeit der Ehe.

Das Sittliche der Ehe oder die Sittlichkeit des Ehestandes liegt in der Freiwilligkeit ihrer Eingehung und in ihrer Vernünftigkeit, d. h. in ihren vernünftigen Zwecken, im Bewusstsein der Ehegatten von der Nothwendigkeit einer bleibenden Verbindung zur Bewirkung der Herrschaft eines sittlichen Geistes und dem Wollen dieser Herrschaft. Die katholische Kirche erkennt dies in so hohem Grade an, dass sie der Ehe sogar den Charakter eines Sacramentes beigelegt hat.

Zweifel gegen die Sittlichkeit der Ehe konnten nur von denjenigen erhoben werden, welche in jedem Vertrage eine Veräusserung des Willens sehen (wie Kant), also den Zweifel erregen, ob hier nicht die Person im Ganzen veräussert sei; und dann wollen sie die Sittlichkeit der Ehe darin finden, dass die Veräusserung eine gegenseitige sei, als wenn zwei Unsittlichkeiten eine Sittlichkeit hervorrufen könnten. Die Einwendungen der St. Simonisten gegen die Sittlichkeit der Ehe beruhten auf dem Bestreben, der Sinnlichkeit einen grösseren Spielraum zu verschaffen; diese Versuche sind aber bereits als an der Natur der Verhältnisse gänzlich gescheitert zu betrachten.

Da die eheliche Verbindung auf der Scheidung der Geschlechter beruht, so ist die Ehe ungültig, wo von Haus aus die Fortpflanzungsfähigkeit fehlt oder unmöglich ist, [1]) z. B. unter Personen desselben Geschlechts.

## §. 113.

### Vollendung der Ehe.

Ihrem Begriffe als Vertrag zu Folge ist die Ehe vollendet und der Ehestand begründet mit der Erklärung der gegenseitigen Einwilligung (consensus conjugalis). Das römische und das canonische Recht halten auch das Princip streng fest: „consensus

---

[1]) Cap. 6. X. de frigidis 4. 15.

facit nuptias." Das alte deutsche Recht liess dagegen die Wirkungen der Ehe in civilrechtlicher (vermögensrechtlicher) Beziehung erst eintreten mit der consummatio matrimonii.[1])

Naturrechtlich lässt sich auch nicht behaupten, dass, wie Hegel, §. 164, meint, zur Eingehung der Ehe die Publicität gehöre. Solche Erfordernisse von Förmlichkeiten, Feierlichkeiten, fügt erst das positiveRecht bei; übrigens sind sie schon bei ganz rohen Völkern üblich. So war es zuerst die katholische Kirche, welche eine förmliche Schliessung der Ehe in conspectu ecclesiae verlangte; das Concilium Tridentinum schrieb dann, dabei ausdrücklich den Grundsatz „consensus facit nuptias" bestätigend, die consensus declaratio coram parocho et duobus testibus, des Beweises wegen, vor. Die protestantische Kirche hat dafür die Trauung substituirt.[2]) Allmählich fing auch der Staat an, Bedingungen für die Eingehung der Ehe zu verlangen, wie Heirathserlaubniss, Nachweis eines Vermögens oder Nahrungsstandes; also Einführung einer polizeilichen Bevormundung, wovon das Alterthum und das Mittelalter nichts wussten. Durch die neue deutsche Reichsgesetzgebung sind diese polizeilichen Beschränkungen aufgehoben worden.

In der neueren Zeit ist der Streit entstanden, ob die Ehe noch, wie bisher, kirchlich eingegangen werden muss, oder bürgerliche Eingehung vor einem sog. Standesbeamten vorzuschreiben ist, sog. Civilehe. Man hat drei Arten der Civilehe in Vorschlag gebracht: die obligatorische, die facultative und die subsidiäre oder Noth-Civilehe. Der Code Napoléon hat zuerst die Civilehe als obligatorisch eingeführt, sog. Zwangs-Civilehe, weil er aus einer Zeit stammt, wo die Revolution in Frankreich alle Kirchlichkeit vernichtet hatte. Die neue deutsche Reichsgesetzgebung hat seit 1874 auch die obligatorische Civilehe eingeführt. Dabei bleibt es den Ehegatten anheimgestellt, sich nachher auch noch kirchlich trauen zu lassen.

---

[1]) Beschreitung des Ehebettes; später Formalität des Bettsprungs; inthronizatio der Ehefrau; den Brautstuhl besitzen.

[2]) Schottland, Amerika haben keine Formen; man verlangt nur Beweiszeugen.

## §. 114.

### Zweck der Ehe.

Der Zweck der Ehe ist die Begründung der Familie, d. h. die Erschaffung eines bleibenden, als sittliches Bedürfniss sowohl für die Contrahenten, als auch deren mögliche Descendenz und die Nation selbst anerkannten Zustandes,[1]) des status familiae, also das perpetuum vitae consortium (§. 111, 112). Die Erzeugung von Kindern erscheint dabei als ein sog. Naturzweck, d. h. als etwas natürlich Accidentelles, aber nicht als der alleinige Zweck der Ehe. Es genügt daher, wenn die Erfüllung dieses Naturzweckes den Contrahenten nur nicht physisch absolut unmöglich ist oder ausdrücklich ausgeschlossen ist.[2])

## §. 115.

### Arten der Ehe. Monogamie. Polygamie.

Häufig wird behauptet, dass die Ehe ihrem Wesen nach Monogamie sei,[1]) weil sich die Persönlichkeit als ausschliessende Einzelheit in das Verhältniss hingebe, dessen Innigkeit nur aus ungetheilter Hingebung der Persönlichkeit hervorgehe. Allein diese Ansicht wurzelt nur in der nationalen Sitte und den Lebensverhältnissen der europäischen und hieraus hervorgegangenen amerikanischen, bez. christlichen Völker, aber nicht in der allgemeinen Sittlichkeit. Das allgemein Sittliche in der Ehe beruht nur darin, dass die Verbindung als eine bleibende unter Anerkennung einer vernünftigen Autorität (oder eines Gesammtwillens) in dem Willen des Mannes[2]) eingegangen ist, d. h. dass die Idee

---

[1]) Alle Civilisation beginnt mit der Einführung der Ehe; so rühmt Ovid von dem Orpheus, dass er sie zuerst eingeführt habe: „concubita prohibere vago."

[2]) Hegel, §. 164. — Andere Ansicht im canonischen Rechte, Cap. 4. 5. X. de frigidis, 4. 15. Man nimmt auch an, dass ein Theil seinem Rechte entsagen kann; Thibaut, System d. Pand.-R. Jena 1834, 8. Ausg., §. 285 (sog. Engels-Ehe).

[1]) Hegel, §. 167.

[2]) Ausspruch der Bibel: „Er soll dein Herr sein!"

der Verbindung die Gründung einer Familie ist. Hierin liegt auch die Unterscheidung der Ehe vom Concubinat u. dergl.

Der Begriff der Ehe schliesst also vernunftrechtlich die Polygamie nicht aus, sofern sie Polygynie, Vielweiberei, ist;[3]) diese kann in manchen Erdtheilen sogar klimatisch bedingt, oder bei dem Missverhältniss der männlichen und weiblichen Bevölkerung unvermeidlich sein.[4]) Wohl aber ist der vernunftrechtlichen Auffassung die Polyandrie, Vielmännerei, zuwider und wird von allen civilisirten Nationen verworfen, weil hier von einer Herrschaft eines vernünftigen Geistes nicht die Rede sein kann. Historisch findet man die Polyandrie auch nur bei ganz verkümmerten Völkern; im Alterthum in Irland, noch jetzt in einigen Gegenden von Afrika[5]) und auf einigen Südsee-Inseln.

## §. 116.

## Von den angeblichen natürlichen Ehehindernissen.

Es ist oft behauptet worden, dass die Ehe schon vernunftrechtlich nur unter Personen aus verschiedenen Familien stattfinden dürfte, weil die Mitglieder derselben Familie, als Angehörige eines und desselben socialen Kreises, keine eigenthümliche Persönlichkeit gegen einander hätten.[1]) Daher wollte man auch einen natürlichen horror sanguinis bemerkt haben. Allein hierbei ist übersehen, dass jedes menschliche Wesen an sich eine vollständige Persönlichkeit ist, welche durch die Angehörigkeit zu einer Familie so wenig aufgehoben wird, als durch die Angehörigkeit zu demselben Stamme oder Volke. Auch ist von einem horror sanguinis niemals etwas bemerkt worden, wo den Personen ihre Verwandtschaft unbekannt war. Es sind auch die Grenzen

---

[3]) Die Missionäre verlangen von den Afrikanern Aufgeben der Polygamie; im Allgemeinen ist diese Forderung ein Hinderniss der Ausbreitung des Christenthums.

[4]) Vergl. oben §. 4, Note 92 a. E.

[5]) In Afrika ist ein Stamm, bei welchem mehrere Brüder eine Frau nehmen und jeder sie einen Monat hat.

[1]) Hegel, §. 168.

der Verwandtschaft im Allgemeinen gar nicht nachweisbar.[2]) Es sind vielmehr politische Rücksichten auf die Erhaltung der Zucht und Keuschheit in der Familie und die Erhaltung der physischen und der geistigen Kräfte der künftigen Generationen, welche bei den Völkern die Verbote der Ehen in gewissen Verwandtschaftsgraden hervorgerufen haben. Daher sind auch die Grade bezüglich der Eheverbote bei den einzelnen Völkern verschieden bestimmt,[3]) mit Ausnahme des Eheverbotes in gerader, auf- und absteigender Linie (Vater und Tochter, Mutter und Sohn u. s. w.). Die christliche Kirche verbot im Mittelalter die Ehe in der ganzen Ausdehnung, soweit die germanischen Völker die Verwandtschaft zählten, also in der geraden Linie unbedingt und in den Seitenlinien bis zum fünften Grade. Es ist erfahrungsmässig, dass die Körper- und Geisteskräfte der folgenden Generationen abnehmen, wo die Ehen wiederholt immer nur unter nahen Verwandten stattfinden.[4])

## §. 117.

### Auflösung der Ehe, insbesondere Ehescheidung.

Zum Wesen der Ehe als einer sittlichen, d. h. auf Verwirklichung eines bleibenden vernünftigen Zustandes gerichteten Verbindung gehört, dass sie für immer eingegangen wird (§. 114). Daraus folgt aber nicht, dass die Ehe schon naturrechtlich absolut unauflöslich sei; vielmehr muss nach abstractem Rechte die Auflösung der Ehe (des vitae consortium) für zulässig gelten,

---

[2]) Ueber die Unendlichkeit der Verwandtschaft nach einer Berechnung von Franklin a. 1832: Wer 1832 geboren ist, hat rückwärts bis 1100 22 Generationen hinter sich. Es mussten also im J. 1100 4,198,804 Menschen gelebt haben, um diesen Einen zu erzeugen. Diese mit den nothwendigen Mittelgliedern machen zusammen 8,388,616 Menschen aus.

[3]) Bei den Griechen, Persern und Egyptern war schon die Ehe unter Halbgeschwistern erlaubt; auch David's Sohn Absalon wollte seine Halbschwester heirathen und verführte sie. — Dagegen verwarf das englische Parlament 1875 zum fünfundzwanzigsten Male die Gestattung der Ehe mit der Schwägerin.

[4]) Daher erklärt man, warum in Frankreich so unverhältnissmässig viele taubstumm Geborene vorkommen.

wenn die Stellung der Ehegatten zu einander eine unsittliche oder unversöhnlich feindliche geworden ist. Ursprünglich entscheidet über die Auflösung die Ansicht der Ehegatten selbst; so findet sich z. B. noch im römischen Rechte ein sog. divortium bona gratia; auch der Code Napoléon in seiner ursprünglichen Fassung hatte es zugelassen. Bei den Orientalen ist es regelmässig als ein Recht des Mannes anerkannt, beliebig der Frau einen Scheidebrief zu geben. Da aber bei solchen Einrichtungen viele Frivolität unterlaufen kann, auch die Trennung immer Nachtheile für die Kinder hat, so hat zuerst die katholische Kirche und jetzt auch meistens der Staat das divortium bona gratia aufgehoben und Scheidungsgründe bestimmt, um die Scheidungen zu erschweren (sog. divortium ob indignationem). Die katholische Kirche gestattet überdies wegen ihrer Ansicht vom Sacrament der Ehe niemals eine eigentliche Ehescheidung, kein divortium a vinculo, vom Ehebande; sondern nur eine Aufhebung des Zusammenlebens, separatio quoad thorum et mensam. Dieselbe Theorie hat in Frankreich ein Gesetz vom 8. Mai 1816 als Staatsgesetz aufgenommen, ohne Rücksicht auf die Confessionen. Der Code Napoléon, Art. 295, hatte übrigens den leichtsinnigen Scheidungen dadurch vorzubeugen gesucht, dass er die Wiedervereinigung geschiedener Ehegatten absolut verbietet.[1] Die neueren Civilgesetzgebungen in Deutschland erlauben den Gerichten auch wirkliches divortium auszusprechen, ohne Rücksicht auf die katholische Confession, so dass in dieser Beziehung die protestantische Auffassung massgebend geworden ist.

## §. 118.

## Rechtsverhältnisse, welche aus dem Familienverbande entspringen.

### 1) Repräsentations- und Regierungsgewalt des Hausvaters überhaupt.

Die Familie im engeren Sinne (§. 110), als eine durch die Ehe begründete Genossenschaft, hat in dem Hausvater als in

[1]) Etwas Aehnliches findet sich bei den Türken, aber mit einer sonderbaren Modification.

der physisch kräftigsten und präsumtiv geistig entwickeltesten Person ihr natürliches Haupt, und wird daher durch ihn nach Aussen vertreten, d. h. geschützt, sowie er im Innern als Autorität, bez. als der personificirte sittliche Geist der Familie, somit als Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker erscheint. Die Frau und die Kinder als die natürlich Schutzbedürftigen halten sich eben wegen dieser Schutzbedürftigkeit für berechtigt, von dem Hausvater Schutz, Vertretung, Ernährung und Regierung zu verlangen. Desshalb wurzelt das Recht des Vaters naturgemäss in seiner Schutzpflicht und ergibt sich seine Stellung als herrschendes Element und die Stellung von Frau und Kindern als Gehorchenden hiernach als natürliche Consequenz.

Die Familie im engeren Sinne hat daher eine monarchisch despotische Constitution, insofern naturgemäss der Wille des Hausvaters massgebend ist. Gemildert wird diese patriarchalische Despotie durch die natürliche Zuneigung zu der Frau und den Kindern und den moralischen Einfluss, den sie auf den Mann zu gewinnen pflegen.

Die Grenze der Gewalt des Mannes liegt in dem sittlichen Zweck der Familie.

Seine Familiengewalt äussert sich nun in zwei Richtungen:

1) als ehemännliche Gewalt, und

2) als väterliche Gewalt.

## §. 119.

## 2) Ehemännliche Gewalt in Bezug auf die Person der Ehefrau.

Die Gewalt des Ehemannes erscheint bei den einzelnen Völkern in verschiedenem Umfang, je nach ihrer Culturstufe, z. B. ähnlich der Gewalt des Herrn über die Sklaven bei den Orientalen und Afrikanern,[1]) wo die Frauen entweder nur als ein Gegenstand des Luxus oder des Genusses, oder als eine rohe Arbeitskraft für den Mann erscheinen. In dem altrömischen Rechte geht die sklavenähnliche Stellung der Frau schon über in die

---

1) Der türkische Sultan heirathet nur Sklavinnen.

Stellung einer filia familias. Erst später — nach dem Untergang der manus mariti — tritt eine freiere Stellung der Frau hervor, und zwar erscheint sie im neurömischen Rechte schon als Bürgerin, gleichberechtigt in Bezug auf commercium mit dem Manne, hat also schon volle Selbstständigkeit. Im deutschen Rechte erscheint die Gewalt des Ehemannes schon von jeher gemildert durch die Sitte; überhaupt genoss die Frau eine grosse Achtung. In der älteren Zeit ist sie die Theilnehmerin an den Kriegsgefahren des Mannes; später erscheint sie bei dem Bürger- und Bauernstande als wesentlich mitwirkend im Geschäft und Haushalt. Die Gewalt des Mannes äussert sich hier hauptsächlich als eine Schutzpflicht (Mund, Vormundschaft). Diesen Gedanken spricht auch der Code Napoléon, Art. 213, aus, und dasselbe meint das canonische Recht mit der Formel: „vir caput est mulieris,“ was dem deutschen Ehevogt, eheliche Vogtei, entspricht.

Ursprünglich übt der Ehemann wohl bei allen Völkern ein unbeschränktes Züchtigungsrecht, selbst eine Strafgewalt bis zur Tödtung, über die Frau. Dieses wird bei fortschreitender Civilisation und Entwickelung der Strafgewalt des Staates immer mehr eingeschränkt. So weiss schon das römische Recht nichts mehr davon; ebenso der Code Napoléon.

## §. 120.

### 3) Ehemännliche Gewalt in Bezug auf das Vermögen. Eheliche Gütersysteme.

In der Idee der Familie als natürliche Corporation liegt implicite eine Schutzpflicht und ein Schutzrecht bezüglich aller Sachen, welche Familienglieder besitzen, sowie auch die Befugniss, dieselben für Familienzwecke zu benützen. Diese Idee steigert sich bei einigen Völkern bis zu einem Gesammt-Eigenthum der Familie, sog. Familien-Eigenthum oder Familiengut, insbesondere hinsichtlich der Grundstücke als der natürlichen Grundlage der Familien-Existenz. Hierin liegen die Anfänge des germanischen Stammguts-Systems und der Familienfideicommisse.

Jedoch ist es sehr irrig, wenn man mitunter als vernunftrechtlich behauptet, dass durch das Familienband alles Sondereigenthum der einzelnen Familienglieder ausgeschlossen werde, denn sie hören in der Familie nicht auf, einzelne Personen, also besitz- und eigenthumsfähige Individuen zu sein. Namentlich ist es irrig, wenn Fichte u. A. es für vernunftrechtlich ausgaben, dass aus dem Wesen der Ehe nothwendig eine Gemeinschaft der Güter und des Eigenthums der Ehegatten folge.[1]) Dies ist vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus schon darum nicht zu rechtfertigen, weil

1) die Ehegatten durch ihre Verbindung ihre individuelle Persönlichkeit nicht ablegen;[2])

2) weil das Vermögen an sich für den Begriff der Ehe etwas Accidentelles, Zufälliges, Ausserwesentliches ist; und

3) aus der Idee der Familienverbindung nicht mehr folgt, als dass, was der eine Ehegatte besitzt, eventuell für die Zwecke der Familie benützt und verwendet werden kann, weil jedes Mitglied einer Corporation zur Erhaltung derselben beizutragen hat.

Historisch hat sich das Güterrecht unter den Ehegatten sehr verschieden ausgebildet, je nachdem ein Volk überhaupt eine Ansicht von der ehemännlichen Gewalt, bez. von der freieren Stellung der Frau hat,[3]) insbesondere je nachdem die Frau mehr als eine Sklavin oder als eine Last, oder als eine Gehülfin und freie Lebensgefährtin des Mannes betrachtet wird. Hauptsächlich aber influirte dabei die Ausbildung des Erbrechtes der Frauen in ihrer eigenen Familie, bez. je nachdem sie in Folge hiervon mehr oder minder Vermögen dem Manne zubringen können.

Man kann folgende eheliche Gütersysteme als die hauptsächlichsten unterscheiden:

1) Das altrömische System der manus mariti, wonach alles Vermögen der Frau in das Vermögen des Mannes überging und sie die Stellung einer filia familias einnahm;

---

[1]) Dergleichen Ansichten finden sich aber allerdings in deutschen Partikularrechten. Parömie: „Wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut.“

[2]) Parömie: „Mann und Frau sind ein Leib, aber zwei Mägen.“

[3]) Bei den Türken hat die Frau gar keine Vermögensrechte.

2) Das neuere römische Dotalsystem oder System des gezweiten Gutes, wonach beide Ehegatten besonderes Vermögen behalten, jedoch der Mann gewöhnlich an einem im Ehevertrage ausgeworfenen und besonders als dos bezeichneten Vermögen ein auf die Dauer der Ehe beschränktes interimistisches Eigenthum (dominium civile) oder überhaupt nur einen usufructus erhält, „ad onera matrimonii ferenda“, die Frau aber Herrin ihres Vermögens (parapherna) bleibt und wegen der Rückgabe der dos bei Beendigung der Ehe oder im Concurs des Mannes als höchstprivilegirte Hypothekgläubigerin erscheint,[4]) wofür die Nov. 97 überdies einen skandalösen Grund angibt.

3) Das altdeutsche Mundsystem oder System der ehelichen Vormundschaft oder des ungezweiten Gutes. Hiernach geht alles Vermögen der Frau, ihr Einbringen, Erworbenes, Ererbtes u. s. w. in den Besitz (das Besitzrecht, Gewähr), Administration und Nutzung des Mannes über, sog. usufructus maritalis, so dass der Mann sogar die Mobilien der Frau zur Bezahlung seiner vorehelichen und andern Schulden verwenden[5]) oder sie sonst veräussern kann. Die Frau dagegen erhält bei dem Tode des Mannes gewisse Vermögensstücke, namentlich gewisse Mobilien (die Gerade = Geräthschaften) oder eine sog. portio statutaria aus dem Vermögen des Mannes. Dabei kamen aber eigenthümliche Gaben des Mannes vor, wie Morgengabe, Witthum, Leibgeding u. s. w.

4) Endlich entwickelte sich, besonders in Deutschland und in Frankreich, ein System der ehelichen Gütergemeinschaft, jedoch selbst wieder in sehr verschiedenem Umfange, z. B. als Errungenschaftsgemeinschaft, Collaborationsgemeinschaft, Mobiliargemeinschaft oder sog. partielle Gütergemeinschaft und endlich auch die sog. allgemeine Gütergemeinschaft; diese selbst wieder in zwei Hauptformen, je nachdem sie auf einem Solidar-Princip oder auf einer communio pro indiviso beruht.

---

[4]) Eben desshalb ist dieses System für den Credit des Mannes sehr nachtheilig.

[5]) Parömie: „Die dem Manne traut, traut auch seinen Schulden.“

## §. 121.

### 4) Die väterliche Gewalt.

Das Kind tritt auf natürlichem Wege, also unfreiwillig, aber eben dadurch ipso jure, unmittelbar, in die Familie, die sich eben dadurch erweitert. Die väterliche Gewalt ist somit bedingt, wie die Gewalt des Ehemannes, durch die Schutzbedürftigkeit des Kindes, und daher liegt dem Hausvater als caput familiae die Schutz-, Ernährungs- und Erziehungspflicht auch principaliter ob.

Diese väterliche Gewalt äussert sich vernunftrechtlich:

1) als das Recht der Anerkennung des Kindes durch den Vater als das Seinige, resp. als Mitglied der Familie. Rohe Völker stellen dieses „infantem tollere“ in das Belieben des Hausvaters, geben ihm ein Recht, das Kind zu verstossen, auszusetzen u. s. w. Später stellt der Staat den Grundsatz auf: „pater est, quem nuptiae demonstrant;“[1])

2) als das Recht der Ehrfurcht, d. h. das Kind hat den Vater als den herrschenden, sittlichen Geist in der Familie anzuerkennen; daher die römische Forderung der Pietät, Unzulässigkeit infamirender Klagen des Kindes gegen den Vater;[2])

3) als das Recht des imperium, Recht, Gehorsam vom Kinde zu verlangen;

4) als das Recht häusliche Dienste vom Kinde zu fordern, also dessen Mitwirkung für die Interessen der Familie nach seinen Kräften, womit auch die subsidiäre Pflicht der Kinder, den Vater zu alimentiren, zusammenhängt.

5) Das römische Recht bildete die väterliche Gewalt noch mehr lucrativ für den Vater aus, indem es ihm ein Recht der Erwerbung durch das Kind wie durch einen Sklaven beilegt, so

---

[1]) Ebenso Code Napoléon, Art. 312; bei unehelichen Kindern aber Art. 340: „la recherche de la paternité est interdite.“

[2]) Vergl. Reichsstrafgesetzbuch, Art. 247.

dass das Kind regelmässig nichts für sich erwerben kann.[3]) Allmählich wurde aber dieser Grundsatz schon im römischen Rechte modificirt, durch die Einschiebung der Lehre von den Peculien (peculium profecticium, adventicium, castrense und quasi castrense).

6) Das Recht der Erziehung, also auch ein Züchtigungs- und Strafrecht; anfänglich auch ein jus vitae et necis begreifend, später vom Staate immer mehr eingeschränkt.[4]) Im römischen Rechte hat der Vater noch insbesondere ein Verheirathungsrecht der Töchter,[5]) aber auch die Pflicht, sich für ihre Verheirathung umzuthun. In der neueren Zeit rechnet man auch zum Erziehungsrecht des Vaters das Recht, die religiöse Confession der Kinder zu bestimmen. Bisher war es aber zulässig, dass bei gemischten Ehen im Ehevertrage besondere Stipulationen hierüber gemacht werden konnten; in der neueren Zeit fängt die Gesetzgebung an, solche Stipulationen für ungültig zu erklären.

Auch der Umfang der väterlichen Gewalt ist bei den Völkern nach ihrem Bildungszustand verschieden. Anfänglich wird das Kind wie ein Sklave oder als Sache behandelt und der Vater hat sogar das jus vitae et necis,[6]) in Rom noch zur Zeit der Catilinarischen Verschwörung. Im Uebrigen galt bei den Römern das Kind als fructus ventris. Daher die Regel: „partus sequitur ventrem“; es straft auch das römische Recht die procuratio abortus nur an einer Ehefrau, indem es die Kindesabtreibung als einen Betrug an der Erzielung eines Erben auffasst, den die Ehefrau am Ehemann begeht. Im römischen Rechte ist die patria potestas so entwickelt, dass sie ohne Rücksicht auf die Volljährigkeit des Kindes fortdauert; auch hat im römischen Rechte

---

[3]) Ein Nutzungsrecht hat der Vater natürlich nur, wo das Kind Capitalien oder Grundstücke besitzt. Hier gab man im alten deutschen Rechte dem Vater oder sonst gebornen Vormund eine sog. tutela fructuaria; nach der Parömie: „wer säet, der mähet.“

[4]) Z. B. Code Napoléon, Art. 375 folg.

[5]) Auch jetzt werden die Töchter in Frankreich meistens nicht um ihre Neigung befragt.

[6]) Nach dem Code Napoléon kann der Vater vom Richter Einsperrung des Sohnes bis auf zwei Jahre ohne causae cognitio verlangen.

nicht das Kind als solches, sondern nur das Hauskind, suus, eine ausgezeichnete Bedeutung.

## §. 122.

### 5) Rechte der Mutter.

Die Mutter steht von Natur zu dem Kinde in ähnlichen Verhältnissen wie der eheliche Vater, hat also auch analoge Rechte und Pflichten. Bei Collision mit den Rechten des ehelichen Vaters gehen aber diese vor, weil die Frau selbst unter dem imperium des Mannes steht. Daher treten bei allen Völkern die Rechte der ehelichen Mutter immer erst nach dem Tode des Hausvaters stärker hervor, weil dann auf sie auch principaliter die elterlichen Pflichten übergehen.

Das römische Recht thut jedoch hier nicht mehr, als dass es die Mutter und eventuell die Grossmutter vor den Agnaten zur Tutel beruft. Das deutsche und das französische Recht geben aber dazu der Mutter einen ähnlichen ususfructus am Vermögen des Kindes, wie ihn der römische Hausvater hat, wenn auch etwas beschränkter. Daher bedeutet das Wort „puissance paternelle“ im französischen Rechte nicht „väterliche,“ sondern „elterliche Gewalt.“ Das deutsche und das französische Recht behandeln übrigens aber auch den Vater nach dem Tode der Mutter als einen Vormund, was damit zusammenhängt, dass es im altdeutschen Rechte nur eine einzige Art von Familiengewalt, potestas, gab, die man Mund, Mundschaft, Vormundschaft oder tutela nannte, wonach denn auch der elterliche ususfructus wie der eines als eigentlicher Vormund fungirenden Agnaten als tutela fructuaria erschien.[1]) Durch die Auffassung des Vaters als Vormund soll nun ausgedrückt werden, dass auch er nach dem Tode der Mutter vermehrte Pflichten hinsichtlich der Erhaltung des Vermögens des Kindes hat.

Das französische Recht legt auch der Mutter ein ähnliches Züchtigungsrecht wie dem Vater, nach dessen Tode, bei, jedoch

[1]) Siehe oben §. 121, Ziffer 5, Note 3.

beschränkt durch causae cognitio judicis und der zwei nächsten Verwandten.[2])

### §. 123.

### 6) Erbrecht.

Aus der natürlichen Thatsache, dass die Kinder das Blut, d. h. das physische Lebenselement der Eltern fortsetzen, entwickelt sich historisch bei allen Völkern die Ansicht, dass die Kinder auch von Rechtswegen den Besitz ihrer Eltern fortsetzen oder das Erbrecht der Descendenten.[1]) Dieses Erbrecht ist somit das durch die Sitte eingeführte Hauptrecht der Kinder. Daher ist im deutschen und französischen Rechte „Kinder haben“ und „Erben haben“ identisch. Alles Erbrecht ist in diesem Sinne ein jus divinum, nämlich insofern als sich eine Descendenz nicht absolut erzwingen lässt. Daher die Volksansicht: „Gott schenkt den Eltern die Kinder;“ „l'héritier ne fait que Dieu seul.“

Die Sitte, d. h. die praktisch gewordene Volksansicht, dass der Eintritt der Kinder (ipso jure) in die Hinterlassenschaft der Eltern vernünftig, d. h. dem Wesen der menschlichen Gattung entsprechend,[2]) also nothwendig sei, ist also der Grund des Erbrechtes der Descendenten. In diesem Sinne wurzelt das Erbrecht also im Natur- und Vernunftrecht, d. h. es ist Consequenz des Familienzustandes.

Die frühere gemeine Ansicht, dass mit dem Tode eines Menschen seine Hinterlassenschaft res nullius werde, und dass die Kinder eigentlich nur als primi occupantes zu betrachten seien, erklärt gar nichts. Uebrigens findet sich diese triviale Ansicht wirklich im ältesten römischen Rechte, wovon noch eine Spur in der Lehre von der possessio pro herede vorhanden ist, und in der jetzt noch in Rom bestehenden Sitte, dass das gemeine Volk bei dem Tode eines Cardinals in dessen Wohnung stürzt und wegschleppt, was nicht vorher beseitigt worden ist.

---

[2]) Code Napoléon, Art 381.

[1]) Erben = nehmen, capere, saisir; also Erbrecht: „Recht zu nehmen,“ sc. die Hinterlassenschaft.

[2]) Die Thiere haben kein Erbrecht!

Im Uebrigen hat sich das Erbrecht der Kinder historisch sehr verschieden ausgebildet. Man kann unterscheiden:

1) die strenge altrömische Ansicht, wonach nur die zur Zeit des Todes des pater familias unter seiner Gewalt befindlichen Kinder als Erben anerkannt wurden, sog. heredes sui, weil sie gewissermassen als eine unitas personae mit dem Erblasser bildend betrachtet wurden;

2) eine liberalere Richtung, die allmählich schon durch den Praetor im römischen Rechte durch Begünstigung des emancipatus eingeführt wurde, die im deutschen Rechte von jeher bestand, so dass die Kinder auch ohne Rücksicht auf die Suität zur Erbfolge berufen wurden. Bezüglich der Mutter geschah dies im römischen Rechte erst durch das SC. Orfitianum und SC. Tertullianum. In Deutschland verstand sich auch dieses von jeher von selbst.

Bei allen Völkern findet sich die Idee mehr oder minder ausgebildet, dass die Kinder ein festes, unentziehbares Erbrecht an dem Nachlass der Eltern haben. Die Erbschaft geht daher auf die Kinder meistens ipso jure über; im römischen Rechte jedoch nur auf den suus heres; nach deutschem und französischem Rechte nicht nur auf die Kinder ohne Unterschied, sondern überhaupt auf alle Geblüts-Erben, sog. Wart- und Anfallsrecht, saisine. Hierauf geht im deutschen und französischen Rechte die Parömie: „der Todte erbt den Lebendigen;“[3]) „le mort saisit le vif,“ oder „pater hereditat in filium.“

Anfänglich sind die zur Erbschaft berufenen Verwandten, namentlich die Kinder, meistens auch nothwendig Erben (heredes necessarii), d. h. das Erbrecht gilt als so eng verbunden mit der Eigenschaft als Familienmitglied, bez. mit der Blutseinheit (unitas sanguinis), dass es gar nicht anders als mit förmlicher Ausscheidung aus der Familie selbst aufgegeben werden kann.[4]) Es ist gleichsam ein religiöses Interesse, einen Erben zu haben, bez. in ihm fortzuleben. Daher war der römische suus zugleich

[3]) Vergleiche Todleib = hereditas.

[4]) „Se tollere de parentilla“ in der Lex Salica. — Es war daher allerdings consequent, dass im alten römischen Recht das Erbrecht mit der emancipatio verloren ging.

auch heres necessarius, bis ihm der Praetor das jus abstinendi ertheilte. Die gedachte religiöse Rücksicht ist auch der Grund der Erfindung der Adoptionen; so ist es namentlich in Indien Pflicht desjenigen, der keinen Sohn hat, einen zu adoptiren.

Im römischen Rechte erscheint das feste Erbrecht der Kinder beschränkt auf einen gewissen Theil ihrer Intestatportion, sog. legitima, Pflichttheil, welcher ihnen im Testament hinterlassen (gegeben, zugewiesen) werden muss. Hieraus hat das französische Recht umgekehrt eine Lehre von der portion disponible gebildet, d. h. es bestimmt, über wie viel die Eltern zu Gunsten Dritter im Testament verfügen, bez. dem Kinde entziehen können.

Im altdeutschen Rechte hatten ursprünglich die Söhne[5]) schon ein festes Recht an den Immobilien (Stammguts-Idee), die Töchter (neben der Mutter) an den Mobilien, Gerade. Ersteres gilt noch bei Stammgut, Lehen und Familienfideicommiss, letzteres noch particularrechtlich.

Dieses feste Erbrecht, wie das römische Notherbenrecht, erscheint als unmittelbar begründet durch das Geblüt, also als ein sog. jus sanguinis, und als solches durch Herkommen und Gesetz anerkannt. Dies ist die natürliche Folge der Auffassung, dass der Erblasser im Kinde fortlebt. Dieselbe Anschauung liegt auch der deutschen communio bonorum prorogata zu Grunde, wobei die Kinder in loco praedefuncti parentis herauftretend die bisherige eheliche Gütergemeinschaft mit dem überlebenden Elterntheil fortsetzen. Ein höherer Grund als die Idee dieses Fortlebens in den Kindern ist für dergleichen Erscheinungen nicht anzugeben und auch nicht möglich. Es liegt also der Grund nicht darin, dass, wie Hegel glaubte, die Familiencorporation durch die Kinder fortgesetzt werde, denn dies ist an sich nicht richtig; übrigens hat die Familiencorporation als solche schon von Anfang an das Vermögen nicht besessen. Ebenso unrichtig ist es, wenn man sich auf ein condominium beruft, worin die Kinder mit den Eltern schon bei deren Leben gestanden hätten. Diese Idee findet sich übrigens bereits bei einigen älteren römischen

---

[5]) Bei den Friesen erbte der jüngste Sohn das Gut.

Juristen.[6]) Allein dieses angebliche condominium würde selbst wieder einen Grund voraussetzen, aus welchem es herstammt, und dieser wäre doch wieder nur zu entdecken in der unitas sanguinis und der damit sich verbindenden, allmählich in Herkommen und Gesetz sanctionirten Volksansicht, dass die Eltern in den Kindern fortleben.

Ein Verfügungsrecht über die Hinterlassenschaft (testamenti factio, legare, Vermächtniss u. s. w.) wird bei allen Völkern erst spät anerkannt; so bei den Römern erst in den XII. Tafeln, in Deutschland erst nach der Bekanntschaft mit dem römischen und canonischen Rechte. Die Stelle vertrat wohl anfänglich die Schenkung auf den Todesfall, donatio mortis causa. Die älteste Form des Testamentes bei den Römern war ein Verkauf der Erbschaft an den Erben (als familiae emtor) unter Lebenden in Mancipationsform, sog. testamentum per aes et libram, mit pactum fiduciae (Vorbehalt des Besitzes auf Lebenszeit des Erblassers) und daneben die Form der Erklärung eines letzten Willens in procinctu (in der Schlachtordnung). Später kam das mündliche Testament, testamentum nuncupativum, und das schriftliche Testament, tabulae testamenti, vor sieben Zeugen auf, sowie die Codicille. In Deutschland hatte man anstatt des Testamentes ursprünglich nur eine Art von Adoption und Erbvertrag, sog. adfatimus, d. h. vertragsmässige Aufnahme einer Person als Kind oder Erbe in die Gewere des Vermögens des Erblassers vor Gericht, mit gewissen Solennitäten. Weitere Ausbildung fand der Erbvertrag erst im späteren deutschen Rechte.

## §. 124.

## Auflösung der Familie.

Die Familie im engeren Sinne löst sich naturrechtlich auf, sowie die ehemännliche oder elterliche Gewalt nicht mehr besteht, bez. nicht mehr bestehen kann; also:

---

[6]) Gajus, II. 157. — L. 11 Dig. de liberis et posthumis. — §. 7. Inst. de heredum qualitate et differentia.

1) wenn keine Kinder da sind, mit dem Tode eines der Ehegatten oder mit der Ehescheidung;

2) wenn Kinder da sind, mit dem Tode beider Ehegatten, wodurch die Kinder nothwendig sui juris, selbstständig, selbmündig werden;

3) überdies, weil die elterliche Gewalt auf Pflichten beruht, endigt sie mit diesen Pflichten, d. h. mit der vollendeten Erziehung des Kindes, bez. mit dessen physischer Reife und Fähigkeit, sich selbst zu ernähren, sich fortzupflanzen, zu vertheidigen;[1]) daher auch mit der Trennung des erwachsenen Kindes von seinen Eltern, um selbstständig einen Haushalt zu begründen; bei den Töchtern also mit der Verheirathung. Diese Ansicht liegt der deutschen sog. emancipatio per separatam oeconomiam zu Grunde; ähnlich ist im französischen Rechte die „émancipation“ geradezu als Volljährigkeitserklärung aufgefasst.[2])

Das römische Recht dagegen dehnt die patria potestas bis zum Tode des pater familias aus, daher musste es besondere Emancipations-Arten erfinden. Nach römischem Rechte endigen auch die Agnationsrechte mit der Emancipation, was bei der deutschen emancipatio per separatam oeconomiam nicht eintritt, und auch bei den übrigen Arten der Emancipation in Deutschland nicht stattfindet.

## §. 125.

### Die Familie im weiteren Sinne. Uebergang zum Volks- und Staatsleben.

Wo mehrere Kinder vorhanden sind, ist die Auflösung der Familie im engeren Sinne nothwendig zugleich Begründung der Familie im weiteren Sinne, d. h. der Verwandtschaft, Sippschaft, Vetterschaft, Geschlechter, gentes, Stämme, Zweige u. s. w., wenn diese Kinder sich weiter verheirathen und Descendenz erzielen. Sowie sich hier das Blut verzweigt, so verzweigt sich

---

[1]) Daher bei den Gothen: „Gothis aetatem virtus facit; qui hostem confodere potest, jam debet se de omni vitio vindicare.“

[2]) Code Napoléon, Art. 476 folg.

auch der sittliche Geist, der das Wesen der Familie ausmacht (§. 110), in einem weiteren Kreise; d. h. durch die Einheit des Blutes verbreitet sich in weiteren Kreisen das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit, und damit hängt die Erweiterung der socialen Interessen, der Lebensanschauungen, der Familientraditionen u. s. w. zusammen.

Insbesondere tritt nun hervor:

1) Ein erweitertes Bewusstsein der Zusammengehörigkeit in Bezug auf gegenseitige Unterstützung und Schutz (erweiterte Idee der Schutzpflicht).

2) Folglich entwickelt sich auch ein erweitertes Schutzrecht, die Idee der Nothwendigkeit einer Handhabung des Rechtes und der Sitte und Zucht in der Verwandtschaft überhaupt; also Familienfrieden, Familienaufsicht oder Familienrath, Familien-Autonomie, Familiengericht, Familienrache (Familienfehde), Familienreligion oder Familiencultus, Vormundschaft u. s. w.

3) Alsbald tritt hierzu die Ausdehnung des Intestaterbrechtes auf immer weitere Grade, je weiter man die Verwandtschaft in der Seitenlinie zählen lernt; endlich in infinitum, soweit die Verwandtschaft bewiesen werden kann (Justinianeisches Recht).

Die höchste praktische Entwickelungsstufe des natürlichen und sittlichen Elementes liegt in der Erweiterung der Familie durch fortgesetzte Zeugungen bis zum Untergange des Bewusstseins der Verwandtschafts-Grade, jedoch mit dem Festhalten an dem Glauben an einen gemeinschaftlichen Ursprung und mit fortwährender Anerkennung der Gemeinschaftlichkeit des sittlichen Geistes und der Interessen, bez. einer nationalen Eigenthümlichkeit, was alles durch die „Race“ vermittelt wird. Ursprünglich entsteht hieraus ein Glaube an einen gemeinschaftlichen Stammvater; später tritt an dessen Stelle die Geburt in einem bestimmten Lande (Vaterland), was ebenso etwas Zufälliges wie die Abstammung ist.

Hiermit ist nun die Entstehung des Begriffes von Nation oder Volk gegeben, d. h. eine Masse von Geschlechtern, die sich von Natur aus als zusammengehörig betrachtet. Hiermit erlangt der allgemeine sittliche Geist der Menschheit die äusserste

Stufe der Gemeinschaftlichkeit, die er erlangen kann, aber auch erlangen muss, um praktisch wirken zu können. Somit liegt die Völkerscheidung, d. h. die Existenz verschiedener Völker neben einander in der allgemeinen Weltordnung. Daher kann es auch über die von den einzelnen Völkern oder Nationen gebildeten Staaten hinaus niemals einen sog. Weltstaat geben, der alle Völker der Erde umfasste; dieser ist daher auch nicht, wie Manche glauben, das Ziel der Menschheit, sondern ein reines Hirngespinnst.

Das Uebermass, und folglich das Unpraktische, liegt also in dem sog. Weltbürgerthum oder Kosmopolitismus, wo Alles in der allgemeinen Menschheitsidee verschwimmt, aber jede Organisation für praktische Erfolge mangelt,[1]) weil die Menschheit als solche nur ein Collectivbegriff ist, d. h. nur in der Vorstellung als Ganzes zusammengefasst werden kann, thatsächlich aber sich in die Individualitäten auflöst.

[1]) Universal-Ideen zu verbreiten, setzt sich mitunter eine Religion zur Aufgabe, wie namentlich das Christenthum. Würde es auch gelingen, eine Universalkirche zu erschaffen, so wäre dies immer noch kein Argument für die Möglichkeit eines Universalstaates, weil der Staat nicht, wie die Kirche, es nur mit Ideen, sondern auch mit realen Verhältnissen zu thun hat.



Druck von C. H. Schulze in Gräfenhainichen.

# Staats- und rechtswissenschaftliche Abtheilung.

**Grundriss zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie (Naturrecht).** Von Dr. ***Heinrich Zoepfl*** (weil. grossh. Badischem Geheimerathe und ord. Professor an der Universität Heidelberg). Preis brosch. 4 M.

Inhalt: Einleitung. — I. Vom Rechte im Allgemeinen. 1. Idee und Begriff des Rechts. 2. Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Geschichte. — II. Das formelle Recht. — III. Das materielle Recht. 1. Das Privatrecht (Sachenrecht, Recht der Forderungen, Vertragsrecht, Unrecht). 2. Das Recht der genossenschaftlichen Zustände.

„Die Vorzüge des Zoepfl'schen Werkes, erschöpfende Behandlung, Klarheit und Bestimmtheit der Begriffsentwicklung, systematische Gliederung und Gemeinfaßlichkeit des Ausdrucks bei aller Schärfe der Begriffsbestimmung sind bekannt und allgemein gewürdigt — —. Der Grundriß wird voraussichtlich — noch lange Jahre der akademischen Jugend beim Beginn ihrer Studien als Leitfaden dienen." C. Heymann's krit. Literaturblatt f. Rechts- u. Staatswiss.

„— — Wir besitzen insbesondere aus neuerer Zeit nur wenige Schriften über diesen Gegenstand, zumal solche, welche wie die vorliegende von rechtswissenschaftlichen Grundsätzen ausgehen — —; übrigens wird das Buch nicht nur den Fachmann als werthvoller Beitrag seiner Wissenschaft erfreuen, sondern wegen des allgemeinen Interesses seines Inhalts u. bei der klaren, auch dem Laien leicht faßlichen Darstellung jedem Gebildeten ein anziehendes Studium gewähren."
Augsburger Postzeitung.

„In der glücklichsten Weise scheint uns diese Verbindung der historischen mit der philosophischen Rechtsauffassung gelungen zu sein in dem — Grundriß von Zoepfl. — Ueberdies finden wir auch in diesem Werke dieselbe Sicherheit, Gründlichkeit und Klarheit der Darstellung, welche mit der wissenschaftlichen Unparteilichkeit verbunden die vielen Werke Zoepfl's in so hohem Grade auszeichnet."
Karlsruher Zeitung.

„Dieses Compendium — — empfiehlt sich allen Studirenden als trefflicher Leitfaden zum Studium der Rechtsphilosophie."
Neue freie Presse.

„In Wirklichkeit liegt ein vollständiges, sehr präcis gehaltenes Compendium des Naturrechts vor, welches durch seine Kürze dem Juristen einen willkommenen Ueberblick, dem Laien eine unterrichtende und wohl verdauliche Lektüre gewährt."
Zeitschrift f. Gerichtspraxis u. Rechtwissenschaft.

---

**Geschichte der socialen Frage von den ältesten Zeiten bis zur Gegenwart.** Von Dr. ***Heinrich Contzen.*** Preis brosch. 7 M. 50 Pf.

Inhalt: I. Die Gefahren der heutigen socialen Bewegung. — II. Wesen, Begriff und Ursprung der socialen Frage. — III. Geschichte der socialen Frage im Alterthum (Israel, Griechenland, Rom). — IV. Im Mittelalter und in der Reformationszeit. — V. Die sociale Bewegung der neueren Zeit. — VI. Die Stellung der Wissenschaft zu der socialen Frage. — VII. Versuche zur Lösung der socialen Frage (Genossenschaftswesen, Arbeitsgesellschaft, Gesundheitspflege, Wohnungsfrage, Bildungswesen, Strikes, Staatshülfe, Armenpflege).

„Nur Einem ist es schon heute gestattet die sociale Frage im Munde zu führen — das ist der Historiker. — — Contzen hat es zweifellos verstanden die Hauptcharakterzüge der socialen Frage im Alterthum, im Mittelalter und in der Gegenwart richtig aufzufassen und in ansprechender Weise vorzutragen."
A. v. Stubnitz, in der Allgem. liter. Correspondenz.

„Der historische Theil ist jedenfalls der werthvollste, denn er umfaßt ein reiches Material alles Wissenswerthen für die Geschichte der Entwicklung der socialen Frage von den ersten Anfängen bis auf die Gegenwart und giebt ein klares Bild der nie ruhenden Bestrebungen der Völker, die sociale Gestaltung der Dinge zu verbessern." Der österr. Oekonomist.

---

**Forschungen über das Recht der Salischen Franken vor und in der Königszeit.** Lex Salica und Malbergische Glossen. (Erläuterungen, nebst erstem Versuch einer vollständigen hochdeutschen Uebersetzung.) Nachgelassenes Werk von Dr. ***Knut Jungbohn Clement.*** Herausgegeben und mit einem Vorwort und Register versehen von Prof. Dr. ***Heinrich Zoepfl.*** Preis brosch. 10 M.

Inhalt: I. Geschichtliches. II. Kritische Bemerkungen. III. Die Lex Salica (Lateinischer Text nebst deutscher Uebersetzung und Erklärung). — Die Novellen. Prologe und Epiloge. Schlussbemerkungen. Register.

„Das Buch kann in keiner Bibliothek fehlen, die für Juristen, Historiker und Sprachforscher Nachweise liefern will. Es liegt ein großer Schatz in demselben geborgen, wenn auch sein Gold und Silber noch manche ausarbeitende Künstlerhand zu gewärtigen hat."
Deutsche Zeitung (Wien).

**Die politischen Parteien** und ihr Verhältniss zu den Entwicklungsgesetzen des Reiches und der Gesellschaft. Von Dr. ***Adolf Merkel*** (ord. Professor an der Universität Strassburg.) In Vorbereitung.

---

**Zu beziehen durch jede Buchhandlung.**

# Medicinische Abtheilung.

**Die Ursachen der Krankheiten.** Von Dr. ***Eduard Reich.*** Zweite, völlig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Preis brosch. 12 M.

Inhalt: Gesundheit u. Krankheit; Krankheits-Ursachen. — I. **Der Organismus.** Das individuelle Leben: Alter; Geschlecht; Constitution; Temperament; Idiosynkrasie; Gewohnheit; Erblichkeit; Rasse u. Klasse; Profession u. Lebensstellung (Wirkungen der verschiedenen Berufsarten, das Elend); Bewegung d. Muskeln; Athmung; Stimme und Sprache; das Nervenleben (Wachen u. Schlaf, Gemüthsbewegungen und Leidenschaften, Geistesthätigkeit, Wille, die Sinne). — Das Gattungsleben: Beischlaf; Ehe; weitere Geschlechtsverhältnisse. — II. **Die Aussenwelt.** Diätetische Einflüsse: Die Nahrung (Allgemeines; Getränke; Speisen; narkotische Genussmittel). Die Kleidung, Reinigung und Verschönerung. Die Wohnung und der Verkehr. Zymotomisch-parasitische u. ähnliche Einflüsse: Contagien und Miasmen; die eigentlichen Schmarotzer; Gifte; Arzneien. Klimatische u. atmosphärische Einflüsse: Klima; Witterung u. Atmosphäre. Mechanische Schädlichkeiten (Erschütterung etc.). — Politisch-moralische Einflüsse: Die Philosophie; Wissenschaft; Kunst; Presse; Vereine; Unterricht u. Erziehung; Religion u. Kirche; Sitten u. Gebräuche; Feiertage; Oekonomie u. P... Polizei; die Gesellschaft. — Alphabetisches Register.

„Der Mensch ist ein einheitliches und untheilbares Ganzes, sein Leben ein geistiges sowie ein körperliches ... der die Ursachen menschlicher Krankheiten erforschen will, der bedarf nicht nur der Hülfe von Physiologie und Medicin, ... er muß auch die Gebiete der Moral, Staatskunst, Gesellschaftswissenschaft und Erziehungslehre betreten und an der ... Statistik auf's Genaueste absuchen. Das hat der Verfasser des vorliegenden Werkes auch gethan, und so ist ... gemeine Aetiologie der Krankheiten das was sie sein muß, nämlich die Grundlage einer Hygieine, die das ganze ... moralische Leben des Menschen umfaßt. Die Schreibweise des Verfassers ist klar und allgemein verständlich, ... wissenschaftlichen Gediegenheit Abbruch zu thun. Sie erinnert jedoch nur zu häufig an den berühmten Hygieniker ... Bock sel. Angedenkens. — — Trotzdem aber können wir nicht umhin, das Werk als ein höchst instruktives und ... Studium aller Gebildeten auf's Dringendste anzuempfehlen." Blätter für literarische Unterhaltung.

„Wir können somit dieses Buch, das den complicirten individuellen und socialen Lebensverhältnissen ... hunderts in ausgiebiger Weise Rechnung trägt, als zuverlässigen Führer allen denen empfehlen, die Einsicht in d... heitsschädlichen Potenzen unseres Culturlebens gewinnen wollen." Petersb. Medicinische Wochenschr...

---

**Handbuch der öffentlichen und privaten Gesundheitspflege.** Von Dr. ***C. ... Schauenburg*** (kgl. Kreisphysikus in Moers). Preis brosch. 6 M.

Inhalt: Einleitung. Luft. Erdboden. Hautpflege. Bekleidung. Wohnung. Ernährung. Oeffentliche Anstalten. Bürgerlicher Verkehr. — Anhang. Hygieinische Studien über die Sonntagsruhe.

„Es ist dies ein vortreffliches Buch, welches Niemand ungelesen lassen sollte, welchem an der öffentlichen und privaten Gesundheitspflege Einiges liegt. Schauenburg's Schrift steht ganz auf der Höhe der wissenschaftlichen Ermittlungen der Neuzeit, weist einen klaren, feinen, mitunter witzigen Stil auf und behandelt ihren wichtigen Stoff ebenso gewissenhaft wie ausführlich." Grazer „...“

Der Anhang dieses Werkes **„Hygieinische Studien über die Sonntagsruhe“** ist auch in einer Separatausgabe erschienen (Preis 1 M. 20 Pf.) und von der Schweizer Gesellschaft für Sonntagsheiligung mit einem Preise ausgezeichnet worden.

„— — Hauptsache bleibt das Gesundheitspflegende des Sonntags, und das war des Verfassers eigentliche Aufgabe, ... er sich auch vortrefflich entledigte." „Die Natur“ ...

---

**Diphtherie und Croup** geschichtlich und klinisch dargestellt von Dr. ***Franz Seitz*** (ord. Professor d. Medicin an der Universität München). Preis 9 M.

Inhalt: Einleitung. I. Theil. Geschichte und geograpische Verbreitung der Diphtherie. 1. Geschichte der Bräune bis zum 18. Jahrh. 2. Das Vorkommen der Bräune im 18. Jahrh. auf beiden Hemisphären. 3. Ausbreitung der Bräune über den ganzen Erdkreis im laufenden Jahrhundert. — II. Theil. Pathologie u. Therapie der Diphtherie. 1. Aetiologie. 2. Symptomatologie. 3. Pathologische Anatomie. 4. Behandlung. 5. Der gemeine, entzündliche Croup. Experimentelle Studien über Croup. — Anhang. Berichte von der Diphtherie gleichzeitigen und ähnlichen Thierskrankheiten.

„Bei weitem das umfassendste Werk über diesen Gegenstand, begreift es in seinem Rahmen alles bis jetzt Veröffentlichte ein, und man muß dem Verfasser in hohem Maß die Anerkennung zollen, daß er mit seltenem Geschick in Anwendung des Materials und Sichtung der einschlägigen Literatur vorgegangen ist."
Central-Zeitung f. Kinderheilkunde.

„Mit Recht widmet der Verfasser einen großen Theil seines Werkes der Entstehung u. Ausbreitung der Krankheit. ... Resultat der mustergiltig historisch-geographischen Darstellung ist in Kürze folgendes—" Wiener Medicinische Pre...

„Das Buch enthält des Belehrenden, des Interessanten so viel, daß es unmöglich ist, alle die Einzelnheiten hervorzu... und so sei dasselbe dem Kliniker wie dem praktischen Arzte bestens empfohlen." Vierteljahrsschr. f. prakt. Heilkunde.

„Das Buch sollte nach unserer Meinung in der Bibliothek keines praktischen Arztes fehlen."
Oesterr. Badezeitung (Wi...

---

== Verlag von Th. Hofmann in Berlin, SW. Kleinbeerenstrasse 3.

BIBLIOTHEK FÜR WISSENSCHAFT UND LITERATUR.

## Naturwissenschaftliche Abtheilung.

**‥eden und Aufsätze** naturwissenschaftlichen, pädagogischen u. philosophischen Inhalts. Von ***Thomas Henry Huxley*** (Professor in London). Deutsche autorisirte Ausgabe, nach der 5. Aufl. des Originals herausgegeben von Prof. Dr. ***Fritz Schultze.*** Preis brosch. 6 M.

Inhalt: I. Ueber die Dringlichkeit der Verbesserung des naturwissenschaftlichen ‥terrichts. II. Schwarze und weisse Emancipation. III. Eine freisinnige Erziehung ‥d ihre Fundstätte. IV. Bemerkungen aus einer Nachtisch-Rede über naturwissensch. ‥terricht. V. Ueber den pädagogischen Werth der Naturwissenschaften. VI. Ueber ‥ Studium der Zoologie. VII. Ueber die physische Grundlage des Lebens. VIII. Der ‥ssenschaftliche Gehalt des Positivismus. IX. Ueber ein Stück Kreide. Ein Vortrag ‥ Arbeiter. X. Ueber geologische „Gleichzeitigkeit" und „persistente Lebenstypen". ‥I. Die Reform der Geologie. XII. Ursprung der Arten. XIII. Kritiken über den ‥sprung der Arten. XIV. Ueber Descartes' „Abhandlung über die Methode des richtigen ‥nunftgebrauchs und der wissenschaftlichen Wahrheitsforschung".

„Die vorliegenden Reden und Aufsätze des genialen Mannes bilden daher so vollendete Muster populärer Behandlung ‥in wichtiger naturwissenschaftlicher, pädagogischer und philosophischer Fragen, daß sie sowohl von Fachleuten als von ‥n Kreisen gewiß nur mit hohem Genusse und steter geistiger Anregung und Förderung werden gelesen werden können, mehr als die Uebersetzung unter so vortrefflicher Leitung ausgeführt worden ist, daß sich nirgends fühlen läßt, daß ‥ nicht ein Original vor sich hat." Jenaer Literaturzeitung.

„Die Darstellungsweise erinnert in ihrer Popularität und musterhaften Klarheit häufig an die Abhandlungen von ‥lz, dem Huxley übrigens auch an Ruf und Bedeutung zur Seite gestellt werden darf. Sagt doch selbst Baer von ‥ in Bezug auf die Mannigfaltigkeit der naturhistorischen Kenntnisse und den Scharfblick in allgemeinen Folgerungen ‥m gleich‥, keiner ihm vorangesetzt werden könne." Blätter f. literarische Unterhaltung.

‥Das ganze Buch enthält eine Fülle der treffendsten Ausführungen und glücklichsten Gesichtspunkte und sollte nicht ‥ Pädagogen, Philosophen und Naturforschern, sondern von jedem Gebildeten gelesen werden." Neue freie Presse.

‥Bewunderung wird Jeder, der diese Aufsätze liest, auch wenn er nicht mit den speciellen zahllosen Arbeiten ‥ertraut ist, inne werden, wie ernsthaft dieser es genommen hat mit der höchsten Aufgabe jedes Gelehrten, mit‥ nach seinem Theile an der geistigen Ausbildung und Erziehung seines Volkes." Literarisches Centralblatt.

---

**‥in das Studium der Chemie.** Nach Vorlesungen gehalten am ‥nschaftlichen Institut in Florenz. Von Professor Dr. ***Hugo*** ‥ Turin.) Preis brosch. 6 M.

‥ bietet in dem vorliegenden Buche eine Zusammenstellung von Vorträgen, welche bestimmt waren, zu‥ ‥rwissenschaften in das Studium der Chemie einzuführen, eine Art Einleitung in die theoretische Chemie, ‥schungen auf diesem Gebiete Rechnung trägt, gleichzeitig aber nach Möglichkeit bestrebt ist, das ganze ‥fachsten Prämissen aufzubauen. Es ist keine sogenannte populäre Schrift, im Gegentheil erfordert sie ‥ Denkvermögens, um sich durch die Begriffe, Elemente, Mischungs‥, Molecular‥, Atomgewicht u. s. w. ‥ten. Wer sich aber mit Ernst an diese Arbeit macht, wird sich durch eine vollkommene Einsicht in ‥e belehrt finden. Ein besonderer Vorzug liegt noch darin, daß der Verfasser sich zur Illustrirung der ‥ Angaben nur verhältnißmäßig einfacher Experimente bedient hat, welche selbst mit den beschränkten ‥sind, die z. B. einem Lehrer an Mittelschulen zur Disposition stehen." Prof. Dr. H. Schwarz (Graz).

---

**‥e Analyse** nebst Anleitung zu Uebungen im Laboratorium. ‥ ***Thorpe*** (Prof. in Glasgow) und ***M. M. Pattison Muir*** ‥anchester). Autorisirte deutsche Ausgabe von Dr. ***E. Fleischer.*** ‥altafel u. 58 Holzschnitten. Preis 4 M. 50 Pf.

‥ I. Theil. Darstellung u. Eigenschaften einiger gasförmiger, flüssiger u. ‥Nichtmetalle) 1.—25. Lection. — II. Theil. Qualitative Analyse. ‥nleitende Operationen. 2. Systematische qualitative Analyse. 3. Nach‥ ‥enen Elemente. 4. Nachweisung der Gifte. 5. Untersuchung des Urins ‥eine.

‥ schlagen einen eigenthümlichen Weg ein: den nämlich, daß sie einen besonderen Theil vorausgehen ‥ eine Reihe von Experimenten gleichsam als Einleitung in das Studium der Chemie vorführt. Sie ‥vor einen Begriff von dem chemischen Gebiete zu geben. Der Leser soll durch diese Experimente Ge‥ ‥eschicklichkeit und Umsicht in chemischen Dingen zu erwerben. So erst wird der zweite Theil wirksam. ‥nen klaren gefälligen Eindruck." Die Natur (Halle).

‥ beachtenswerth, ganz besonders sei es aber zukünftigen Lehramtscandidaten der Chemie zum Durch‥ Literar. Centralblatt.

‥en ist eine nach Form und Inhalt wohlgelungene Leistung und es kann der Meinung des Uebersetzers, ‥ Chemikern einen kurzen, aber vielseitigen und originellen Leitfaden vorzuführen hofft, vollkommen beige‥ Blätter für Gymnasialwesen (München).

---

== Zu beziehen durch jede Buchhandlung. ==

BIBLIOTHEK
für
Wissenschaft und Literatur.
7. Band.
Staats- und rechtswissenschaftliche Abtheilung.
1. Band.

# Grundriss
zu
# Vorlesungen über Rechtsphilosophie
(Naturrecht).

Von
**Dr. Heinrich Zoepfl,**
weil. Grossh. Badischem Geheimerathe und ordentl. Professor an der Universität in Heidelberg.

BERLIN.
Verlag von Theodor Hofmann.

Druck von C. H. Schulze in Gräfenhainichen.



